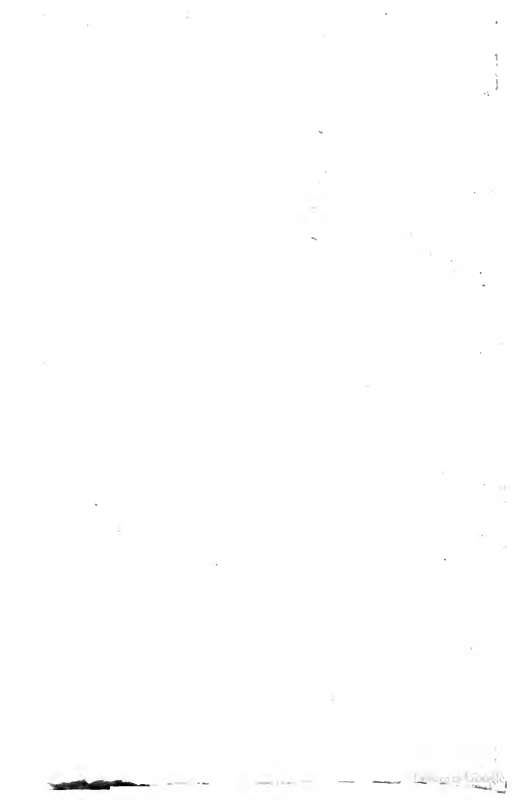










SISTEMA
DEL
DIRITTO CIVILE ROMANO



SISTEMA

DEL

DIRITTO CIVILE ROMANO

per l'avvocato

NICOLA DE CRESCENZIO

Professore pareggiato nella Università di Napoli

SECONDA EDIZIONE RIVEDUTA ED AMPIATA



VOLUME PRIMO

NAPOLI

Presso **NICOLA JOVENE** libraio-editore
Trinità Maggiore, 39.

1869

Proprietà letteraria posta sotto la salvaguardia delle leggi e dei trattati.
Si avrà per contrafatta ogni copia che non porterà a fronte la cifra e la numerazione dell' autore.

Adelphi



TIPOGRAFIA DELL' ANCORA

Nel Monastero di S. Giorgio Maggiore a Forcella.

PREFAZIONE

ALLA SECONDA EDIZIONE



Nel nuovo indirizzo degli studii iniziato dopo la nostra politica rigenerazione, ebbi in animo di presentare alla gioventù studiosa un trattato completo di *diritto civile romano*, esponendone le ragioni ed il metodo nella prefazione della prima edizione. La quale, essendosi esaurita nel corso di pochi anni, addimostra, come il sistema, se non in tutto, in parte almeno, abbia raggiunto il suo scopo.

L'ordinamento ed il metodo di questa seconda edizione sono gli stessi, e sebbene siavi in Italia cotesta opinione dover il diritto romano esser trattato in guisa, da presentare in figura principale quegli istituti che aver potessero oggi ancora una pratica importanza, che anzi questi istituti medesimi guardare in modo da lumeggiare le odierne istituzioni giuridiche, pure ho creduto insistere nel presentare le teorie romane in tutto il loro organismo nè trasandando, nè mettendo in ombra alcuna parte, essendo io convinto, che un istituto è complemento dell'altro, e che non è mai perfetta la conoscenza di una sola parte più o meno importante, che creder si voglia, se non la si riguarda nella sua organica connessione coll'intero sistema.

La quale erronea opinione se prevaler potesse, si sperebbe questo antico tesoro della sapienza civile de' nostri maggiori, restando, tra non molti anni un diritto bastardo ed acefalo, che non sarà romano che di nome. E quan-

do avremo preparato una o più generazioni, allo studio di una dottrina romana, che avrà perduto l'austero suo carattere, e con veste di utilità pratica si risentirà delle contingenze presenti, forse anche transitorie o locali; si vedrà allora quanta poca utilità riporterà lo svolgimento delle presenti istituzioni.

La storia ci addita i pochi vantaggi toccati alle legislazioni moderne, quando i legislatori vollero anch'essi accettare molte dottrine romane, accogliendole come erano state trattate dai giureconsulti, e dai medesimi alquanto trasformate per renderlo accessibili ad attuali contingenze piuttosto, che ispirarsi alle fonti vive: si prese per romano, quello che non era più tale, e si credè in buona fede che i Romani la pensassero anche a quel modo.

Il Savigny fu certo esagerato, severo, e forse anche ingiusto con gli uomini che prepararono il progetto del codice del Primo Napoleone; ma non si può sconvolgere, che, se le dottrine romane fossero state attinte alle pure fonti, si sarebbero evitate molte inesattezze. Laonde si segnò come progresso, e tale fu in fatti, nella revisione di quel codice appo noi nel 1819, e maggiormente nel nuovo codice italiano il riprendere in molti punti la pura dottrina romana.

Ho voluto accennare a questa falsa tendenza, perchè il pericolo ci minaccia troppo da vicino, ed una volta ci fe' paura vestendo una forma ufficiale, parlo di pochi anni or sono, quando un ministro di pubblica istruzione le fece buon viso, consigliando cotesto metodo con una circolare diretta alle università del Regno: fu proprio il caso di vedere con Giusti Bruto fatto Commendatore!

Ammiamo invece con religioso rispetto questo grande monumento della sapienza civile dei nostri padri, senza portare le mani sacrileghe per mutilarlo, studiamolo anzi in ciascuna sua parte; ed i ruderi sono anche buoni, potendoci rivelare tutto un mondo antico, o mirabilmente ci aiutano nelle indagini scientifiche di quelle parti che furono rispettate dal tempo e che rimasero ferme. È follia sconoscere che molti istituti del diritto romano sono poco adatti alle esigenze della civiltà moderna, ma non perciò in una trattazione scientifica del diritto romano debbono essere trasandati; imperocchè senza di essi non si potrà mai giungere a comprendere lo spirito, il valore di quegli altri che si credono più conformi alle presenti istituzioni. Il diritto romano debba essere studiato come scienza a sè, nella sua vera ed austera fisionomia, ed il giureconsulto educato alla severità di quei principii saprà meglio giovare allo svolgimento delle moderne istituzioni; poichè solo allora può imparare a comprendere le leggi e a proporre i miglioramenti.

Per tutte queste considerazioni ho stimato richiamare sempre più l'attenzione de' giovani sulle fonti; quindi invece di presentar loro pochi frammenti al principio di ogni paragrafo, ho creduto meglio scegliere un frammento per ogni principio enunciato e trascriverlo a piè di pagina, di guisa che non vi

sia principio o disposizione che non avesse il suo testo che direttamente lo riguarda.

E questo faceva per molte ragioni; primamente perchè il giovine si rendesse famigliare col linguaggio delle fonti; secondamente perchè egli fin da principio acquistasse la coscienza d'apparare la dottrina romana vera e genuina; in terzo luogo perchè non si confondesse nel riscontro di molti testi, tratti alle volte da titoli diversi, e riportati per analogia.

Avrei voluto soddisfare il desiderio di molti dei miei discepoli di allargare molto di più quei chiarimenti storici, che in questa seconda edizione presento col nome di Appendici; da qualche tempo mi ero accinto al lavoro, ma ho dovuto smettere; poichè avrei dovuto trattare la storia completa degli istituti giuridici, e ciò mi avrebbe condotto fuori dell' indole di questo libro. Forse verrà tempo che questo desiderio sarà soddisfatto, ma sotto un'altra forma di lavoro. Dove ho creduto infine più opportuno, ho cercato di allargare o restringere la materia, adoperandomi, per quanto mi è stato possibile, migliorare il dettato, rendendo intelligibili molti principii. Queste riforme introdotte per maggiore utilità de' giovani mi fanno sperare, che questa seconda edizione riuscirà più compiuta della prima.

Napoli, 27 luglio 1869.

PREFAZIONE

ALLA PRIMA EDIZIONE

Egli recherà certamente sorpresa il vedere con un titolo simile pubblicare un trattato di diritto civile de' Romani, quando ingegni più valorosi, tra' quali non ho certamente la pretensione di essere annoverato, si sono arrestati innanzi alla vastità del tema, di cui le difficoltà non possono essere debitamente calcolate. E ciò tanto più farà maraviglia, quando si considererà che libri d' istituzione di reputati giuriconsulti alemanni sono nelle nostre scuole adottati con pieno successo.

Lungi da me la temerità di volere offrire al pubblico una qualche novità; sono troppo convinto della pochezza delle mie forze per tentare qualcosa di simile, e per non discostarmi da' sistemi tenuti fino ad oggi per eccellenti; soltantochè per le peculiari circostanze, in cui trovasi la scienza presso di noi, e per l' indole de' nostri studiosi, io mi permetteva di apportare qualche modificazione ai libri che trovansi oggi nelle mani di tutti. In questo modo mi prefiggeva il modesto proposito di recare un qualsiasi giovamento ad uno studio ritenuto generalmente e da secoli come fondamentale, per noi massimamente, rappresentando questo diritto le più gloriose nostre tradizioni giuridiche, la base necessaria dell' attuale legislazione, ed il punto di partenza della ventura, abbracciando così il presente il passato e l' avvenire della legislazione.

Nessuno più di me potrà altamente ammirare quei libri d' istituzione che corrono tra le mani dei giovani, dopochè mi fu dato udirne qualcuno svolto dall'autore medesimo nelle università di Alemagna; e mi godeva l'animo, quando, ritornato in patria, ne vedeva molti generalmente adottati. Con tutto ciò non ho per fermo che essi siano adatti tanto alle nostre scuole, da non esser necessaria una più o meno grande modificazione.

Non di rado, eccetto qualche compendio di storia o delle Istituzioni del diritto romano, gli autori compilarono quelle opere per servire di manuale nelle loro cat-

Diritto romano.

b

tedre, o per i loro ascoltatori; perciò sotto le rubriche de' paragrafi accennano i principii, che poi svolgono con le conferenze. Il diligente studioso è obbligato a notarsi nella cattedra la conferenza del suo professore per riempire il vuoto alquanto sensibile del manuale. Un tale sistema è andato tant'oltre, che non è raro vedere un insegnante alemanno dare ai suoi uditori un manuale, in cui non si rinviene, che la sola rubrica del paragrafo con qualche citazione o controversia; sicchè esso presenta solamente un piano, che il professore manda ad esecuzione dalla cattedra.

Un tale metodo ha le sue difficoltà per i giovani meridionali, i quali generalmente non reggono a questo lavoro. Io, che nel privato insegnamento ho cercato introdurre questo sistema, dopo quattro anni mi sono convinto, che volerlo assolutamente sarebbe una perdita di tempo con danno positivo della gioventù, la quale ha bisogno di un manuale, che per quanto è possibile, sia condotto in ogni sua parte; oltre a che non è difficile, che un libro, il quale non forma che il piano di un sistema, riesca in qualche parte oscuro per lo stesso insegnante, e poco intelligibile per lo scolare.

Ma prescindendo anche da questa ragione, che si troverà poco fondata da molti, che non da vicino conoscono i nostri giovani, un altro vuoto si manifesta nei manuali tedeschi, che riesce difficile appianarlo, ed impossibile alle volte allo stesso insegnante. Il professore alemanno ha l'obbligo di dettare il suo corso nel breve tempo di sei mesi, indipendentemente dal ramo più o meno importante della scienza, che svolge; stretto dal tempo egli, sia nel libro, sia dalla cattedra, scende raramente ai minuti particolari, alle ultime conseguenze, ed alle controversie; e, poichè lo stato odierno della scienza glielo permette, rimanda i giovani od i lettori alle monografie, all'effemeridi di giureprudenza, in cui i singoli punti della scienza sono svolti nei più minuti particolari. Ora è chiaro, che per adottare con pieno successo un compendio di Diritto Romano di autore alemanno, conviene al coscienzioso insegnante di riempire questo vuoto, esponendo tutto ciò che l'autore non fa che citare, servendosi di quelle tali monografie, opere riportate dal medesimo; e ciò sia per completare il troppo ristretto manuale, sia per presentare alla gioventù l'ultimo movimento della scienza.

Quanto questo sia malagevole per noi non è chi nol vegga; imperocchè se l'insegnante si limita alle citazioni, è come se nol facesse, non potendo il giovane per la difficoltà della lingua riscontrarla da se stesso, dovrà assolutamente esporre quelle teorie, il che riesce difficile, non essendo tutti in possesso di quel non facile idioma, ed anche ad esserlo, non è agevole rinvenire tutto questo tesoro di materiali nelle nostre biblioteche; per la qual cosa, tuttochè ammirando quei sistemi, notiamo sempre un vuoto, che per le ragioni addotte riesce difficile colmare.

Un libro elementare a mio credere dovrebbe riguardare il ramo della scienza di che tratta da tutti i lati, di guisa che il giovane sia condotto a guardarlo nel suo vero aspetto, nella sua vera estensione; bisognerebbe che le linee principali del quadro fossero precise ed esatte non solo, ma sufficientemente rivestite ancora, lasciandosi all'insegnante il campo e l'ultimo colorito.

Guardando quale a noi si presenta il diritto romano, ci troviamo a fronte della grandiosa collezione giustiniana in quattro codici, i quali riuniti formano una sola legislazione. Ora il libro d'istituzione di diritto romano deve rappresentare in principal figura l'assieme di questo sistema, nella pienezza de' suoi principii e nella varietà e molteplicità delle sue conseguenze. Il pretendere che per questo studio fosse

sufficiente l' esporre quello che puramente appartiene alle Istituzioni, è un errore; poichè la conoscenza del diritto romano sarebbe non solo poco esatta, ma non avrebbe nessuna pratica importanza; al più potremmo dare ai giovani notizia di un diritto romano, ma non procurargli la conoscenza del medesimo.

Che ciò si volesse fare come introduzione allo studio di un diritto la cui vastità fa ancora maravigliare i popoli, sia; ma che poi ciò bastasse, sarebbe volere che si producessero molti e gravi inconvenienti. E di vero sfugge all'occhio del giovane la importanza del diritto romano, e si conchiude da lui la non necessità di questa disciplina; quindi passando in tutt' altro campo non meno vasto del diritto civile, egli non scorgerà mai nessuna relazione tra le Istituzioni da lui studiate e la disciplina che ha tra le mani; e quando, come suole avvenire, l' insegnante di diritto civile fa capo della sapienza romana, egli si trova privo di questo fondamento essenziale, e ciò indipendentemente da ogni altra importanza, che ha in sè il diritto romano, come base di ogni legislazione moderna, e perciò centro di uno studio di legislazione comparata, e tesoro inesausto di ogni scibile giuridico. Tutto ciò non è mestieri ora sviluppare, sì perchè l' indole della presente prefazione non mel concede, sì perchè oramai è generalmente conosciuto. All' incontro dopo un corso completo di diritto romano il giovane studioso, passando allo studio di diritto civile, o a studii più severi in fatto di legislazione privata, potrà senza grandi sforzi giungere all' altezza della legislazione positiva. Guardato da questo lato, il diritto romano ha non una importanza storica solamente, ma una importanza positiva ancora.

Il sistema del diritto romano dovrebbe rappresentare questa disciplina quale la troviamo nella collezione di Giustiniano; nel testo bisogna fare astrazione dallo stato anteriore del diritto, o pure, quando è necessario, usarne con parsimonia. Non voglio però che si credesse, non stimare necessario la storia del diritto romano; non sarò io, che proferirò questo paradosso, ma bramerei che si studiasse prima in tutta la sua estensione e successivo svolgimento unitamente alle Istituzioni, lavoro non meno importante che tenderò di compiere più tardi. Ma stimo difettoso un sistema che volesse innestare la storia delle istituzioni insieme alla trattazione positiva delle medesime, prima perchè le materie trattate a questo modo riuscirebbero lunghe al di là del dovere, secondo perchè si correrebbe pericolo, che l' inesperto lettore potesse confondere lo stato del diritto anteriore alla riforma, e che non appartiene che alla storia, con una legislazione certa e modificata nella forma e nella sostanza; oltrechè si fallirebbe lo scopo di rappresentare il sistema giustiniano nella sua forma genuina e nel suo vero carattere tal quale lo troviamo nel corpo del diritto, qualunque con altro ordine disposto.

Dall' altra parte accade il più delle volte che la intelligenza dei singoli istituti non può essere mai completa, se non si noti lo stato del diritto anteriore alla riforma, poichè indipendentemente dai passi delle Pandette nei quali continuamente si fa menzione di un diritto già trascorso, alcune parti della riforma si collegano così strettamente ad una legge o ad una antica istituzione, che sarebbe poco assennato tacere lo stato e la successione storica di un simigliante istituto. Stimo per conseguenza necessario di ricordare, quando l' occasione lo detta, lo stato prima della riforma giustiniana, nè vi sarebbe nessun male, se ciò si facesse in ogni istituto giuridico senza alterare il testo, ma esponendolo alla fine di ogni capitolo a modo di appendice, altrimenti nascerebbero i succitati inconvenienti.

In questa guisa trattato, il sistema del diritto romano riguarda già un punto

essenziale, ed è l'assieme del diritto giustiniano che riflette nel medesimo tempo la storia delle sue istituzioni. Resta a far notare un ultimo punto, secondo me il più importante, e di una difficoltà quasi insormontabile, atteso lo stato della scienza presso di noi, voglio parlare della interpretazione dei testi. È inutile che io rammenti in questo luogo, che in ciò consiste massimamente lo studio, e che in questo terreno si divisero le scuole. Questa materia trattata da Irnerio fino ai nostri giorni suscitava tali e tante controversie, che oggi ancora l'assieme delle medesime si appella comunemente *ius controversum*. Non credo di calunniare gli eletti ingegni d'Italia asserendo esser noi alquanto indietro mancando i necessari materiali. La pubblicazione del codice francese appo noi spezzò il filo delle nostre tradizioni giuridiche, e ci accadde, come in altri tempi avvenne per la pubblicazione della Somma di Accursio. A questo riguardo gli antichi nostri giuriconsulti ci possano offrire una ricca messe di materiali; ma dopo la scoperta Veronese delle istituzioni di Gaio, e quella di Angelo Mai si è creato un mondo novello, e la scienza prendeva tutt'altro indirizzo, di guisa che volendo trattare questo difficilissimo tema non si può fare astrazione, anzi è indispensabile riportare l'attenzione de' giovani sul movimento ultimo della scienza; onde bisogna ricorrere agli alemanni, presso de' quali si per sistemi, monografie, ed effemeridi si è trattata ogni rimota parte di questo diritto, non restando forse più campo alla interpretazione. È precisamente questa circostanza che rende questo punto della scienza di grande difficoltà; imperocché il citare le opere in cui tali controversie vengono trattate, accennando per capi la controversia medesima, non gioverebbe che a pochi, i quali sono iniziati nell'idioma tedesco, ma non alla generalità de' leggitori; o almeno questo si potrà, quando si tratta di mettere a rilievo ed a confronto opinioni di autori antichi, le opere de' quali sono intelligibili a tutti. Toglierle di mezzo sarebbe mancare la parte più interessante ed indispensabile ad uno studio di diritto romano. Non resta adunque che trattare, qualora si presentino le occasioni, le controversie il più estesamente possibile, accennando le opinioni de' più riputati giuristi de' nostri giorni, dando ragione di ciascuna di esse, e riportando per esteso i passi su i quali cade la interpretazione. In questo modo un sistema di diritto civile romano sarà completo, riguardando tre punti essenziali, l'assieme delle determinazioni contenute nel corpo del diritto, la storia delle medesime, le controversie che si sono agitate e che si agitano attualmente nelle scuole. Esso presenterà ai giovani studiosi un doppio vantaggio, prima richiamerà la mente de' giovani ad uno studio più vasto e più severo di una legislazione che forma l'unico e glorioso fondamento delle nostre giuridiche tradizioni, secondo perché riguardando tutti i punti della teoria, il giovane potrà nello stesso libro d'istituzione che ha nelle mani trovar modo come estendere le sue conoscenze, senza essere costretto di ricorrere ad altri autori di sistema e di vedute differenti, e correre pericolo, inesperto ancora, di spendersi in una via differente da quella che imparò a percorrere nella scuola; e, se per amore di sapere gli prenderà vaghezza di confrontare sistemi diversi, lo potrà fare senza pericolo, quando nella guida che ha nelle mani sono state trattate le principali controversie, e si additano quei giuristi che battono tutt'altra via.

Ecco il piano secondo il quale ho creduto condurre il presente libro d'istituzione. Nel testo ho cercato esporre l'assieme del diritto giustiniano, rapportando a principii le singole determinazioni coi suoi più minuti e svariati particolari, avvisando alla fine di ogni capitolo della spiegazione storica di ciascuna istituzione, e senza

alterare il diritto puramente giustiniano, innestando in questa guisa la storia allo sviluppo sistematico delle teorie. Nelle annotazioni ho tentato di rappresentare il movimento ultimo della scienza cercando, modo di rafforzare le teorie col confronto delle opinioni dissenzienti sulla interpretazione dei testi. Ciò faceva con l'aiuto de' più celebri giuristi alemanni e segnatamente di Savigny, Thibaut, Wächter, Puchta, e soprattutto del mio maestro Vangerow a cui debbo quel poco che so, prendendo ora occasione di manifestargli eterna gratitudine; così oggi ci è forza far tesoro delle fatiche degli stranieri, come altra fiata essi si avvalsero delle nostre.

In fine ho stimato conveniente di riportare a fronte di ogni paragrafo in esteso qualche passo de' fonti e ciò sia per far concentrare l'attenzione de' giovani sulle definizioni, distinzioni, ed elementi esposti dai medesimi fonti, sia per cercare d'infondere negli animi giovanili l'amore per essi; notandosi spesso lo sconcerto, che molti si avvisavano studiare diritto romano senza l'aiuto del corpo delle leggi.

In sinigliante guisa ebbi la speranza di offrire un libro d'istituzione per le scuole, spinto dal caldo desiderio di essere utile alla gioventù italiana. Sperando nella benignità de' dotti, credo mi si metterà a calcolo le difficoltà non lievi che passo passo sorgono trattando un tema per se stesso difficoltosissimo; e se queste umili carte potessero apportare un vantaggio quantunque piccolissimo alla gioventù studiosa, sarebbe questo un sufficiente guiderdone alle mie fatiche.

Napoli, 10 novembre 1863.

L'AUTORE.

PARTE PRIMA

INTRODUZIONE

§. 1.

Del diritto civile romano.

Il ramo della scienza, che abbiamo intitolato Sistema del Diritto Romano, ha per base il diritto dei Romani nell'ultima e totale riforma, quello che comunemente appellasi Diritto Giustiniano.

Il *Corpus iuris* adunque è l'obbietto del nostro studio, ossia quegli istituti giuridici che hanno un'origine romana, e che sono stati accettati dall'ultimo riformatore Giustiniano nei suoi codici.

Non tutte però le disposizioni del *Corpus iuris* saranno da noi prese in esame; la nostra occupazione sarà più limitata, essendo nostro scopo di occuparci delle basi di ogni istituzione civile; eliminate saranno adunque tutte quelle istituzioni di diritto che appartengono al diritto pubblico ed alla ragion penale, non restando come nostra speciale materia che il diritto privato dei Romani in tutta la sua ampiezza, e nei suoi più minuti e svariati particolari (a).

Fonti del diritto romano.

§. 2.

Codici giustiniani.

L'unico fonte del Diritto Romano è il *corpus iuris civilis*, il quale raccoglie in sè tutta la sapienza civile dei Romani. Esso va diviso in quattro codici, i quali, sebbene distinti, pure formano un tutto armonico ed una sola legislazione; essi sono le Istituzioni, i Digesti o le Pandette, il Codice (*codex repetitae praelectionis*), e finalmente le Novelle.

(a) Savigny, Sistema del Diritto Romano. Berlino 1840.
Diritto romano.

1) Il codice delle Istituzioni, che nell'ordine storico dovrebbe essere considerato come l'ultimo lavoro giustiniano, è la prima opera che dev'essere sottoposta al nostro esame nell'ordine sistematico; il finc che si propone Giustiniano nella compilazione di questo libro ce ne dà tutta la ragione.

Publicato il Codice, ed essendo già a buon termine il lavoro delle Pandette, si credette che questi due fonti del diritto presentassero molte difficoltà pe' giovani, che appena s'iniziavano negli studii giuridici; l'imperatore Giustiniano decise perciò la compilazione di un altro libro, il quale, sebbene dovesse avere il carattere di una Legge, pure potca servire come introduzione alle materie particolarmente esposte nelle Pandette, e nel Codice, non ordinati a sistema, e nominò a tale scopo una commissione composta di due professori di diritto, Teofilo e Doroteo, aventi a capo il suo ministro Triboniano. Questo lavoro fu publicato insieme con le Pandette nel 533.

Abbiamo voluto a questo proposito riconsolare la storia per determinare meglio il carattere delle Istituzioni. E di vero la loro forma corrisponde perfettamente allo scopo: la divisione delle materie è tutt'altra che nelle Pandette e nel Codice, e specialmente rappresenta piuttosto un sistema di diritto anzichè un codice. In questa opera tutto il diritto secondo la teoria di Gaio, di cui l'opera sulle istituzioni servì di modello, viene diviso nelle teorie delle persone, delle cose, e delle azioni, e le materie sono trattate nei principii fondamentali, e non con le loro conseguenze e coi loro particolari. Secondo lo scopo del legislatore il codice delle Istituzioni non presenta, che la introduzione di tutto il diritto contenuto negli altri libri giustiniani.

Le Istituzioni sono divise in 4 libri, ciascuno dei quali in titoli, ed ogni titolo in paragrafi.

2) Il codice delle Pandette è l'opera più grandiosa dell'antichità, esso contiene tutta la sapienza civile dei Romani, quale si presentava nelle opere dei giureconsulti nei secoli aurei della romana giureprudenza.

L'imperatore Giustiniano, che sotto questo rapporto possiamo dire avere ben meritato della umanità, fece il sublime ed ardito disegno di raccogliere in un sol codice, come in un tempio, tutta la sapienza del primo popolo del mondo, e così presentarla all'ammirazione delle età venture; a tal uopo diede egli l'incarico al suo ministro Triboniano di nominare una commissione sotto la sua presidenza (1). Secondo le istruzioni avute dallo stesso imperatore la commissione non si doveva limitare alle opere di pochi giureconsulti, come ciò avvenne nella legge sulle citazioni di Valentiniano III, ma da tutte, senza distinzione di sorta, doveva essa compilare il nuovo codice; tutto ciò però fu sottoposto ad un'altra condizione, che la

compilazione non doveva presentare solamente una collezione; ma ordinare le teorie in modo da formare un tutto armonico, senza che ciascun giurista perdesse nulla della sua originalità. La commissione legislativa accettò questo per sè non facile compito, e scelse la materia da 39 opere di giureconsulti (2).

Tre anni circa furono impiegati per terminare questo importante lavoro; si prese per base l'Editto, e, secondo le istruzioni dell'imperatore, fu eliminato tutto ciò che più non era applicabile, e compilato in guisa che ciascun frammento formò un articolo del codice, portante in fronte il nome dell'autore, e l'opera, donde era stato ricavato. Perchè poi vi fosse armonia in tutto il testo, e tolta ogni ombra di contraddizione, facile a succedere in 39 autori differenti, furono definite tutte le controversie, togliendo alcune cose, cambiandone altre, e altre aggiungendone (*Interpolationes o emblemata Triboniani*).

Tutto il codice delle Pandette dividesi in 50 libri, ciascun libro in più titoli, e ciascun titolo in un numero più o meno grande di frammenti, i quali essendo parti integranti di un codice, sono oggi da appellarsi più propriamente leggi. Tutti questi 50 libri formano 7 parti corrispondenti alle 7 parti principali dell'Editto.

La prima parte (*prologa*) è composta dei primi quattro libri, e contiene una specie d'introduzione; la seconda (*de iudiciis*) dal libro 5-11 tratta del giudizio, delle azioni reali, della legge Aquilia e di altre materie affini; la terza parte dal lib. 12-19 (*de rebus*) tratta delle condizioni e delle azioni personali; la quarta dal lib. 20-27 (*umbilicus pandectarum*) contiene differenti materie, come il pegno, le usure, i mezzi di pruova, il matrimonio, e la tutela; la quinta dal lib. 28-36 (*de testamentis*) tratta particolarmente della successione testamentaria coi legati e fedecommissi; la sesta dal lib. 37-44 contiene la teoria della *bonorum possessio*, della successione legittima, ed altre teorie; finalmente la settima parte dal lib. 45-50 contiene molte materie, tra le quali le teorie penali.

L'opera fu pubblicata il 16 Dicembre 529 ed ebbe diversi nomi; *Digesta*, *Pandectae*, *Codex iuris antiqui enucleati*: ebbe forza di legge dal 30 Dicembre del medesimo anno (a).

3) Il Codice delle costituzioni è il primo lavoro fatto da Giustiniano nel suo ardito piano di riforma; egli ebbe in mente di raccogliere tutte le costituzioni degli imperatori senza badare se fossero editti, o rescritti, se fossero o no state raccolte nei tre codici Gregoriano, Ermogeniano e Teodosiano, e dividerle secondo le rubriche delle differenti teorie di diritto. A tal uopo nominò una commissione di dieci giureconsulti sotto la presidenza di Giovanni ex questore del sacro Palazzo: l'anno seguente ai 16

(a) *Inst. Const. dedit nobis*, §. 21.

di Aprile 529 fu terminato il lavoro, pubblicato e nel medesimo tempo furono aboliti gli altri codici esistenti.

Non restò questo libro lungamente in uso, in quanto che non si trovò tanto in armonia con la riforma degli altri, cioè le Pandette e le Istituzioni. Per la qual cosa nel 534 Giustiniano nominò una commissione di quattro giuristi sotto la presidenza di Triboniano, affinché facesse una revisione del Codice, inserisse le novelle costituzioni emanate dal 529-534 (3), e lo armonizzasse col codice delle Pandette. La revisione fu compiuta, e nel medesimo anno pubblicata. Questo codice ebbe perciò il nome di *Codex repetitae praelectionis*.

Il Codice è diviso in 12 libri, ciascun libro in titoli, e ciascuno di questi in un numero più o meno grande di costituzioni o frammenti di costituzioni, avendo a fronte il nome dell' imperatore, dell' ufficiale a cui era diretta, ed in fine la data. In generale si può dire, che come le teorie dei giureconsulti furono divise ed ordinate nelle Pandette, così le costituzioni da Adriano in poi nel Codice.

4) Finalmente le Novelle, o *novellae constitutiones* è il quarto ed ultimo libro legislativo della grande collezione giustiniana. Già fin dalla pubblicazione degli altri libri l' imperatore Giustiniano si era riserbato il diritto di modificare, secondo la opportunità e le circostanze, alcuni principii della legislazione vigente ; e di fatti appena pubblicati i predetti codici continuò senza interruzione a riformare alcuni istituti della legislazione, che veniva appena ad essere pubblicata , con una serie di più o meno importanti modificazioni.

Queste costituzioni, la maggior parte scritte in greco, si appellarono *novellae constitutiones*, ed è rimarcabile, che la maggior parte delle medesime sono state scritte nei primi cinque anni dopo la pubblicazione degli altri codici. Ognuna di queste costituzioni contiene dapprima un' *inscriptio*, ossia il nome dell' imperatore, e dell' ufficiale a cui era diretta; quindi segue un proemio, specie d' introduzione a tutta la legge, ed infine un epilogo, in cui l' Imperatore dà le sue istruzioni all' impiegato, secondo che la legge dovrebbe essere applicata.

Queste costituzioni furono raccolte dopo la morte di Giustiniano e formano il quarto libro addimandato comunemente le Novelle.

Questi tre codici con le Novelle che bensì possono chiamarsi appendice al Codice, sebbene siano tre parti distinte, pure ciò non pertanto formano un sol tutto, ed è il solo Codice autentico del diritto romano: questo tutto oggi è chiamato *Corpus iuris civilis*, nome che abbiamo avuto da Dionisio Gotofredo che primo adoperò questo titolo nella sua edizione (1583) (b) (4).

(b) Il nostro metodo di citazione consiste di enunciare prima il segno §. se il passo da ci-

ANNOTAZIONI

(1) La commissione fu composta di 16 giuristi, cioè: Costantino, Doroteo, Teofilo, Anatolio, Cratino, Stefano, Menna, Timoteo, Leonzio, Prosdocio, Leonida, Iacopo, Giovanni, Eutolmio, Costantino e Platone.

(2) I giureconsulti, i frammenti de' quali furono accettati nelle Pandette, sono: Muzio Scevola, L. Elio Gallo, P. Alveno Varo, Antisteo Labeone, Sempronio Proculo, P. Giuvenzio Celso, Nerazio Prisco, Giavuleno, Aburno Valente, Salvio Giuliano, Sest. Cecilio Africano, Terenzio Clemente, Giunio Mauriciano, Sest. Pomponio, L. Volusio Meciano, Claudio Saturnino, Tarruntino Paterno, Papirio Giusto, Q. Cervidio Scevola, Ulpio Marcello, Gaio, Emilio Papiniano, Q. Ses. Tertulliano, Claudio Trifonino, Arrio Menandro, Fur. Antiano, Rutilio Massimo, Venuleio Saturnino, Domizio Ulpiano, Giulio Paolo, Callistrato, Elio Marciano, Fiorentino, Licinio Rufino, Emilio Macerone, Giulio Aquila, Erennio Modestino, Ermogeniano, ed Arcadio Carisio. Da questi nomi facilmente si scorge, che non fu trasandato nessuno, trovandosi i giuristi più antichi in Muz. Scevola e Labeone, ed i più giovani in Ermogeniano e Arcadio Carisio; bisogna per conseguenza affermare, che le opere di quei nomi illustri, come Capitone, Masurio Sabino, ecc., che vediamo brillare nei più bei tempi della romana giureprudenza, fossero già andate perdute ai tempi di Giustiniano.

(3) Celebri sono a questo riguardo le cinquanta decisioni (*quinquaginta decisiones*), nelle quali Giustiniano sciolse una quantità di pratiche controversie di antichi romani giureconsulti; la maggior parte di queste decisioni furono emanate tra il 520-30.

(4) I. Quantunque il titolo *Corpus iuris civilis* data come si è detto dal 1583, e fu adoperato massimamente per opporlo ad un altro titolo simile (*corpus iuris canonici*), pur tuttavia mai si è dubitato dell'unità del sistema giustiniano, di cui i singoli codici non sono che parti integranti. Gli stessi Glossatori non la intendevano diversamente, quantunque non adoperassero un titolo comune; essi dividevano tutto il sistema giustiniano in cinque parti o volumi, dei quali ognuno aveva il proprio nome. Così i primi tre erano detti Pandette, il primo fino al libro 24 titolo 2.^o incluso era chiamato *Digestum vetus*; il secondo volume detto *infortiatum* incomincia col terzo titolo del libro 24 (*solutum matrimonium*), e termina col libro 38 incluso; finalmente l'ultima parte col titolo *Digestum novum* incomincia dal libro 39 e termina al libro 50. Il quarto volume conteneva il *Codex repetitae praelectionis* di cui ne portava il titolo, meno gli ultimi tre libri rinvenuti dopo. L'ultimo volume il 5.^o conteneva le Istituzioni, le Novelle (*liber authenticarum*), ed i tre libri ultimi del Codice. In questo modo sono divise le prime edizioni del *corpus iuris*; più tardi si adoperò un'altra divisione, in quanto che il primo libro conteneva le Istituzioni, quindi le Pandette, il Codice, e finalmente le Novelle.

tarsi appartiene alle Istituzioni, ovvero la lettera L. (legge) se esso fa parte delle Pandette o del Codice, e la lettera N. se delle Novelle; quindi il numero del paragrafo della legge o del capitolo; appresso la rubrica del titolo, finalmente due numeri in parentesi dei quali il primo corrisponde al libro, il secondo al titolo; p. e. per le Istituzioni pr. ovvero §. 1. *Inst. de donationibus* (2. 7.); per i Digesti o le Pandette: L. 9. pr. §. 1. *de usufructu* (7. 1.); per il Codice: L. 1. C. *da curatore furios*. (3. 70); finalmente per le Novelle: N. 53. c. 3. §. 1.

II. Il *corpus iuris* fino ai nostri giorni ebbe molte edizioni, le quali sono perfettamente estranee allo studio del diritto romano, alcune sono glossate, ed altre senza glosse. Delle edizioni della prima specie le più importanti sono:

- 1) Lugduni apud *Sennetionios fratres*, 1549-1550, 5 vol. in f.
- 2) cura *Antonii Contii*, Paris 1576, 5 vol. in f.
- 3) cura *Pet. ab Area Bandoza Cestii*, Lugd. 1593, 4 vol. in q.
- 4) cura *Io. Fehii*, Lug. 1527, 6 vol. in f.

Tra le non glossate si distinguono:

- 1) la *Contiana*, Lugduni 1571, correttissima edizione in 15 vol. in 8. pic.
- 2) cura *Lod. Russardi*, Lug. 1560, 1861.
- 3) le numerose edizioni di *Dionisio Gotofredo*, parte con note, e parte senza; tra le prime sono da raccomandarsi quelle di *Sim. van Leeuwen*, Amst. 1663, e la edizione di Francoforte 1663, in 4. Fra le edizioni senza note è ricercata la bella edizione di *Elzevir*, 1663 al 1664 in 8., detta *pars secundus* da questo errore di stampa.

- 4) cura *Lud. Charondae*, Anv. 1575 in f.
- 5) quella di *Gebauer-Spangenberg*, 2 vol. in 4 gr. Götting. 1776, 1797.
- 6) la edizione di *Beck*, Lipsia 1825, 5 vol. in 8°, edizione stereotipa.
- 7) quella dei fratelli *Kriegel*, Lips. 1833, 3 vol. in 4. Le Istituzioni, e le Pandette sono per cura dei fratelli *Kriegel*, il Codice per *Hermann*, e le Novelle per *Osenbrueggen*. Questa edizione si lascia raccomandare in preferenza delle altre per la facilità di usarla.

Oltre a queste edizioni di tutto intero il corpo del diritto vi sono state ancora altre di qualche parte speciale, così p. e.

- 1) In rapporto alle Istituzioni:
 - a) la così detta *editio princeps* — con glosse, Magunt. 1468, in f.
 - b) la così detta *Haloandrina* — senza glosse, Norimb. 1529, in 8.º
 - c) cura *Iac. Cuiacii*, Par. 1585, in f.
 - d) la edizione di *Biener*, Berl. 1812.
 - e) la magnifica edizione di *Schrader*, Berl. 1832, in 4 gr.
- 2) In quanto alle Pandette abbiamo:
 - a) la così detta *editio princeps*, con glosse; il *Dig. vetus*, Perug. 1476 (*Enr. Clajny*), *Digestum infortiatum*, Rom. 1475 (*Vit. Puecher*). *Dig. nov. Rom.* 1476.
 - b) la celebre *Haloandrina*, Norimberg. 1529, in 4. in 2 ed in 3 vol.
 - c) la magnifica e preziosa edizione di Firenze, chiamata perciò fiorentina, per cura di *Torelli*, Fir. 1553, in 2. 3. 4. vol.
- 3) Per il Codice abbiamo le seguenti edizioni:
 - a) la *editio princeps*, per i primi nove libri per *Pet. Schoyffer de Gernsheym*, Magunt. 1475, in f. e per gli altri tre con le Autentiche, Rom. 1476.
 - b) la *Haloandrina*, Norimberg. 1530, in fol.
- 4) Per le Novelle abbiamo:
 - a) la *editio princeps*, Rom. 1476, in f.
 - b) la *Haloandrina*, Nor. 1531, in f.
 - c) la edizione di *Henr. Scrivergerus*, Genèv. 1558, in f.
 - d) la edizione di *Agylaeus*, Col. 1560, in 8.
 - e) le *Novellae constitutiones..... ex greco in latinum conversae, et notis illustratae* a *I. F. Homberg Marb. Catt.* 1717, in 4.

f) l' *Authenticum. Novellar. constitutionum Iustiniani versio vulgata cura G. E. Heimbachii*, Lip. 1846.

A tutte queste edizioni possiamo aggiungerne una recentissima con la traduzione in italiano.

Corpo del diritto corredato dalle note di D. Gotofredo e di C. C. Freiesleben alt. Ferromontano, preceduto dalla cronologia delle leggi di Roma con l'aggiunta delle Ist. di Gaio, dei fram. di Ulpiano, di Paulo e Vat., per Vignali, Nap. 1856 — 62. 10 vol. in f.

§. 3.

Fonti per la intelligenza del CORPUS IURIS.

Il *corpus iuris* fonte legale del diritto ha bisogno di altri per essere ben compreso. In questo caso dobbiamo adoperare non solamente gli scrittori antigustinianeî, i quali possono essere considerati in certo modo fonti dello stesso *corpus iuris*, ma ancora gli sforzi della scienza, che da secoli cerca d'illustrare sempre con nuova luce questo singolare monumento di scienza giuridica.

Possiamo dividere in tre categorie questi mezzi per la intelligenza del corpo del diritto:

1° Quei mezzi che ci sono pervenuti immediatamente dalla scienza civile dei Giuristi Romani;

2° Quelli che ebbero origine immediatamente dopo nell'impero bizantino, dei quali la maggior parte sono interpretazione degl'istessi compilatori del sistema giustiniano;

3° Finalmente quelli prodotti in occidente per opera dei Glossatori fino ai nostri giorni.

ANNOTAZIONI

1) Tra i fonti della 1.^a categoria sono da pregiarsi primieramente le Istituzioni di Gaio; è l'opera più preziosa ed importante che avessimo acquistata nel secolo XIX, per mezzo di questo potente aiuto è stato possibile alla scienza di sciogliere molti dubbî, e rettificare molti errori (a). Sonosi fatti importanti lavori su questo scritto prezioso senza che vi sia un completo commentario. Si distinguono però i seguenti lavori: *Gais sciolie a Gaio*, Berlino 1821. — *Dupont disquisitiones in comment. quart. Institutionum Gaii*, Lug. Bat. 1822; *Heffter Gaii Institutionum commentarius quartus*; *Elvers proutarium Gaianum*, Gôtt. 1824. Istituzioni di Gaio comm. I. IV. Giuseppe Tedeschi, Verona libr. alla Minerva, 1857.

(a) *Schrader* — Che guadagna la storia del diritto romano per le Ist. di Gaio? *Annali di Heidelberg*, 1823. N. 60: 64. *Haubold*. Quantum fructum cepit Rom. Iur. e Gaii Ist. *Wenk opuscula*, Vol. 1. p. 663.

2) Nel medesimo tempo che furono trovate le istituzioni di Gaio, si rinvenne ancora un antichissimo scritto, il quale appena fu decifrato ebbe il titolo *de iure fisci* d'ignoto autore; ma dopo una comparazione fatta segnatamente del §. 19, con la legge 45. §. 5. *de iure fisci*, lo scritto è stato attribuito a Paolo; ma questo è un punto molto controverso, v. principalmente *Valch de aetate frag. vet. Ic. de iure fisci*, Iena 1838, *Lachmann* negli annali storici (*gesch. Zeitschriften*) XI. p. 110.

3) *Stefano Editcher* scoprì nel 1834 in Vienna un altro scritto prezioso, che dal titolo scritto in una di quelle pergamene è probabile che sia qualche frammento delle istituzioni di Ulpiano. Non è da confondersi questo frammento coi così detti frammenti di Ulpiano, imperocchè erano conosciuti moltissimo tempo prima; secondo alcuni titoli autentici del Vaticano i frammenti di Ulpiano sembrano essere tratti dall'opera di questo giurista *liber singularis regularum* confr. *Ulp.* XX. 6: con la leg. 17 *de testibus*. V. *Schilling.* diss. crit. *de Ulpiani Fragmentis* Vratisl. 1824. Le migliori edizioni dei frammenti di Ulpiano sono, quelle di *Hugo* ed. quint. Berol. 1834, quella di *Böcking* 1834, ed ultimamente quella di *Huschke*, Lips. 1861.

4) Come appendice ad uno scritto di un grammatico greco del principio del III. secolo trovavasi un frammento giuridico in greco, ed un'antica traduzione in latino; questo frammento è principalmente importante per la teoria della manomissione; fu pubblicato in latino la prima volta da *Pithou* nel 1523, più recentemente da *Sculting*, iurisp. anti-iust. Lugd. Bat. 1714, in 4.^o, ed in latino da *Röver*, frag. vet. Ic. *de iuris speciebus et de manumissionibus*, Lugd. Bat. 1739.

5) I frammenti del Vaticano trovati dal Cardinale Angelo Mai formavano probabilmente fra il 372 ed 438 una collezione di passi di differenti giuristi, e di costituzioni imperiali per scopo d'istruzione, dai quali è stato possibile di ricavare sette titoli e non completi. Una delle buone edizioni con un commentario è senza dubbio quella di *Buchholz*, Regim. 1828, e l'ultima di *Bethmann — Holthweg*, Bonna 1833. v. ancora *Bruns* quid conferant Vatic. fragm. ad melius cognosc. ius Rom. Tüb. 1838.

6) Non è senza interesse per la intelligenza del diritto romano la così detta *Lex Dei* o *collatio legum Romanarum et Mosaicarum*; è un parallelo tra molti passi delle leggi romane presi da molti giuristi, non che dai Codici Gregoriano ed Ermogeniano, con le leggi mosaiche. È stato pubblicato da *Blume*, *Lex Dei*, Bonna 1833.

7) Il così detto *Breviarium Alaricianum*, o il codice romano dei Visigoti del 506. Questo codice è importante in quanto contiene molti e lunghi inalterati passi di giuristi romani. La migliore edizione è quella di *Haenel*, *Lex Romana Visigotorum* ad LXXVI libror. manuscript. fidem recognovit, Lips. 1847-49. Il Breviario contiene:

a) 16 libri del codice Teodosiano. Questo prezioso monumento incompleto nel Breviario è stato completato per opera degli Italiani specialmente da *Peyron* in Torino. *Codicis Theod. fragmenta inedita ex codice palimpsesto bibl. Tayrinensis in lucem proditit atque illustravit Amed. Peyron* 1823; da *Glossio*, *Theodos. codicis genuina fragmenta ex membranis bibl. Ambrosianae Mediolanensis nunc primum edidit Glossius*, Tüb. 1824. La edizione più conosciuta è quella di G. *Haenel* *Codex Theodosianus ad LIV libror. manuscrip. et priorum editionum fidem recognovit et annotatione crit. instruxit G. Haenel*, Bonna 1837; migliore è quella di *Carlo de Vesme* incominciata in Torino nel 1839, già nei primi tre libri di questa novella edizione trovansi ben 23 costituzioni inedite;

b) le novelle di Teodosio II, Valentiniano III, Marciano, Magiorano e Severo. Oltre a quelle contenute nel Breviario, per mezzo di studii dei nostri più recenti scrittori si venne a conoscenza di altre Novelle, le quali non sono contenute in questo monumento del medio-evo. La migliore edizione è senza dubbio quella dell'infaticabile G. Haenel, *Novellae constitutiones imperatorum Theodosii II, Valentiniani III, Marciani, Majorani, Severi, Anthemii. Ad libr. manuscript. et editionum fidem recognovit et annotatione critic. instruxit G. Haenel*, Bonn. 1844 ;

c) le istituzioni di Gaio in due libri molto scorretti, i quali non sono di nessuna importanza dopo la scoperta veronese;

d) le *receptae sententiae* di Paolo in 5 libri, che sonosi stampate poi come appendice ad alcune edizioni del *Corpus iuris*, come segnatamente in quelle di Godefredo;

e) 13 titoli del Codice Gregoriano;

f) 2 titoli del codice Ermogeniano. La migliore edizione di ambo i codici con aggiunte posteriori è quella di G. Haenel, *Codicis Gregoriani et codicis Hermogeniani fragmenta. Ad XXXV libr. Mstorum et priorum editionum fidem recognovit et annotatione critic. instruxit G. Haenel*, Bonn. 1835;

g) un piccolissimo frammento de' responsi di Papiniano pubblicato dopo nel corp. iur. anteiust. Vol. I p. II. pag. 39, Bonn. 1835;

8) la legge degli Ostrogoti conosciuta sotto il titolo *Edictum Theodorici*, la quale si compone massimamente delle sentenze di Paolo e di costituzioni imperiali. Il più recente lavoro su questo Editto, di pochissimo interesse per la corruzione dei testi, è quella di Rhon, *commentatio ad Edictum Theodorici regis Ostrogothorum*, Halle 1816, in 4.

9) Finalmente dobbiamo registrare in questa classe il codice dei Borgognoni, chiamato Papiniano o *Lex Romana Burgundionum* compilato tra il 517-534 — per lo più fu attinto dal Breviario Alariciano, ma trovansi molti passi autentici, e per ciò di grande interesse. Cujacio per il primo lo pubblicò dietro alla sua edizione del codice Teodosiano, Lugd. 1560, è commentato da Amaduzzi, che lo pubblicò con le novelle di Teodosio dal manoscritto di Ottoboni, Roma 1765, in f.

Questi fonti del diritto antigiustiniano trovansi riuniti nelle seguenti collezioni:

Iurisprudentia vetus Ante-Iustiniana ex recens. et cum not. Ant. Schultingii, Lugd. Cat. 1714, in 4. edit. nova praef. est Ayser, Lips. 1737.

Ius civile Ante-Iustinianum codicum et optim. edition. ope a societate iurisconsultorum curatum; praefatus est Gust. Hugo, Berol. 1815. 2 vol.

Corpus iuris romani Ante-Iustinianei Consilio profes. Bonniensium E. Puggaei et Behmann-Hollwegii et dum in vivis erat E. Puggaei curaverunt iidem assumptis sociis L. Arndtsio, A. F. Bakovio, F. Blumio, I. F. L. Goeschenio, G. Haenelio aliisque; praef. est E. Boeckingius, Bonn. 1835 seq.

II. Tra i lavori fatti sulla legislazione giustiniana immediatamente dopo la pubblicazione della medesima nell'impero bizantino sono da annoverarsi:

1) le parafrasi alle Istituzioni di Teofilo, uno dei collaboratori delle Istituzioni di Giustiniano, sono lezioni scritte ancora prima della pubblicazione del Codice *repetitae praelectionis*, interessanti non solo per l'intelligenza delle Istituzioni di Giustiniano, ma ancora di tutto il Diritto Romano. La migliore edizione è quella di Reitz Hag. Com. 1751 2. vol. in 4;

2) il compendio delle Novelle di Attanasio.

Diritto romano

In questo lavoro le costituzioni furono messe sotto le rubriche di 22 titoli, ed alla fine del titolo un indice. Questo scritto fu probabilmente incominciato durante la vita di Giustiniano, e finito sotto il suo successore Giustino. La prima edizione coi prolegomeni è quella di *Haimbach*, nel 1. vol. dei suoi *Λειτουργία*, Lips. 1838;

3) il compendio delle Novelle di Teodoro compilato in sul finire del VI. secolo. Questo lavoro ha per base 168 Novelle; una completa edizione è stata fatta per cura di Zachariae su di un manoscritto da lui trovato sopra il monte Atho v. nei suoi *Λειτουργία*, Lips. 1843 p. 1. seq.;

4) un piccolo scritto sulla partizione del tempo nel Diritto che viene attribuito ad Eustazio. Fu pubblicato ultimamente da Zachariae sotto il titolo. *ἀπορίαι*;

5) un compendio pubblicato come legge da Basilio il Macedone e suoi figli Costantino e Leone verso l'an. 878, in cui gli elementi del diritto sono esposti in 40 titoli. Fu pubblicato primieramente da Zachariae sotto il titolo *ὁ προχίρων νόμος Ἰμπ. Basilii, Costantini, et Leonis prochiron*. Heidelberg 1837;

6) le Basiliche è una modificazione della legislazione giustiniana fatta dalla publica autorità sotto il regno di Leone il Filosofo; per mezzo di questo lavoro doveva essere ordinata tutta la legislazione giustiniana in un solo codice, ossia tutto ciò che si contiene nelle Istituzioni, Pandette, Codice e Novelle doveva essere messo sotto altre rubriche. Tutta questa materia fu ordinata in greco in 60 libri, che non sono tutti pervenuti alla nostra età. Una edizione completa dei libri pervenutici fu fatta da prima per cura di *Fabrot*, Parigi 1647 in 7 volumi fol., quindi ristampato con un supplemento di *Ruhnke e Reitz*, *Operis Basilici Fobriotani supplementum*, Lugd. Bat. 1765. Una edizione più accurata e completa è quella di *Haimbach*, *Basilicorum Libri LX*, Lips. 1833 seq. V. vol. 4., alla quale si è aggiunto un supplemento di *Zachariae: supplementum editionis Basilic. Heim. lib. XV — XVII cum scholiis antiquis integros nec non lib. XIX Bas. novis auxiliis restitutum continens*. edid. *G. E. Zachariae a Lingenthal*. Lips. 1846 in 4. — Con più facilità ad usarsi è il manuale delle Basiliche di *Haubold*, Lips. 1819 in 4.

7) *Sinopsis Basilicorum* è il titolo di un compendio delle Basiliche compilato in 348 titoli nell'anno 969. L'unica edizione fino ai nostri giorni è quella di *Löwenklau* con cambiamento di titoli: *LX. Libr. Basilicorum — Ecloga sive Synopsis Basil. 1575*, v. *Labbaei observationes et emendationes in Sinopsis Basilic.* Par. 1606 in 8.

8) Una interessante monografia sul peculio dei figli di famiglia probabilmente del Sec. XI. pervenutaci in tre differenti manoscritti editi da *Heimbach* in 1 vol. nei suoi *Λειτουργία*, p. 147.

9) *Περί τῆς ἐν νόμῳ τῷ λεγόμενῳ ἡ ἐκ βιβλίου* manuale legum dictum *Hexabiblus* di Costantino Ermenopolo nel 1345. La migliore edizione è quella di *Reitz* nel *Thesaurus Meermannii*, t. Vill. v. *Zachariae historiae juris greco-romani delineatio*, Heidelberg. 1839 — *Montreuil histoire du droit Byzantin*. III. vol. Paris. 1843-44.

III. La terza categoria dei mezzi per la interpretazione della legislazione giustiniana sono i lavori de' Glossatori, i quali furono i primi in occidente ad iniziare questo studio ed influirono molto sulla correzione dei testi. Le note scritte immediatamente sotto il testo furono dette Glosse, onde il nome di Glossatori. Per la qual cosa non è senza interesse della scienza il sapere quali passi del *corpus iuris* sono stati glossati e quali no.

1) Le Istituzioni sono state tutte glossate.

2) Nelle Pandette sono rimaste non glossate le leggi 7 § 5. — L. 11. de bon. damnator. (48. 20) e le leggi 10 — 19 de interdictis et releg. (48. 22).

3) Del Codice sono rimaste non glossate—Nel libro I—le leggi 3. 5. 6. 7. de summa tri. (1. 1) — L. 15. 17. 18. 20. 24. 25. 26. de ss. eccles. (1. 2) — 29. 30. 36. 39. 40. 42. 48. 53. 55. 57. de episcopis et cler. (1. 3.) — L. 14. 17. 18. 20. 22. 23. 25. 26. 29. 30. 32. 33. 34. de epis. aud. (1. 4.) — L. 9. 11. 18. 20. de haer. et Man. (1. 5.) — L. 2. 18. de iud. et. Coel. (1. 9) — L. 2. de Christ. manc. (1. 10) — L. 9. 10. de paganis (1. 11) — L. 3. 7. 8. de his qui ad eccl. (1. 12) — L. 10 de legib. (1. 14) — L. 2 de mand. princ. (1. 15) — Leg. 3. de vet. iur. enuc. (1. 17) — L. 6. de off. praef. praet. orient. (1. 26) — L. 1. L. 2. §. 19. 23 de aff. praef. praet. afr. (1. 27). — L. 2. de off. com. rer. priv. (1. 33) — L. 13. de ass. (1. 52).

Nel libro II — L. 4. de in ius voc. (2. 2.) — L. 18 19 de adv. div. iud. (2. 7.) — L. 27. 28 de proc. (2. 13) — L. 3. de iureiur. propt. cal. (2. 59).

Nel libro III — L. 11. 12. de iud. (3. 1.) — L. 2. 4. de sport. (3. 2.) — L. 1. 2. de plus. pet. (3. 10) — L. 1. 2. de aleat. (3. 43.) — L. 15. de relig. (3. 44). —

Nel libro IV — L. 1. 13. 15. 16. de test. (4. 20) — L. 16. 22. de fide instru. (4. 21.) — L. 1. de pign. act. (4. 24.) — L. 20. 30. de usuris (4. 32.) — L. 24. mand. (4. 35) — L. 5. vect. nov. (4. 62) — L. 33. de loc. et cond. (4. 65).

Nel libro V — L. 6 de spon. (5. 1.) — L. manifestum tra L. 8 e 9 — L. 29 de nuptiis. (5. 4.) — L. 10 in fine, de secund. nupt. (5. 9.) — L. 12. de repud. (5. 17).

Nel libro VI — de bon. lib. (6. 4.) — L. unica de incer. (6. 48).

Nel libro VII — L. 15 de sent. (7. 45) — L. 5. de fruct. etc. (7. 51) — L. 33. 36. de apell. (7. 62).

Nel libro VIII — L. 12. de aedib. priv. (8. 10.) — L. 3. de op. pub. (8. 12) — L. 1. de duob. reis. (8. 40) — L. 29 de fideius. (8. 41) — L. 4. de inf. exp. (8. 52).

Nel libro IX — L. 6. de cust. reor. (9. 4.) — L. 2. de priv. carc. (9. 5.) — L. 1. si reus (9. 6.) — L. 6. ad legem Iuliam maiestatis. (9. 8.) — L. 37 ad legem Iuliam de adulteris (9. 9.) — L. liceat (dopo la L. 4.) ad legem Corneliam de sicariis (9. 16.) — L. 2. de crim. (9. 29) — L. 26 de poen. (9. 47.) — L. 11. de bonis proscr. (9. 49).

Nel libro X — L. 11. de iure fisci (10. 1.) — L. 7. de fide et iure hastae (10. 3.) — L. 7. 8. de delator. (10. 11.) — L. 1. 13 de annon. et trib. (10. 16) — L. 9. de exat. trib. (10. 19.) — L. 2. 3. ut nemini liceat (10. 27.) — L. 4. de discus. (10. 30) — L. 1. quibus muneribus (10. 55).

Nel libro XI — L. 1. 2. de nav. (11. 1) — L. 16. de murilegulis (11. 7.) — L. 7. de spect. (11. 40) — L. 18 de agric. (11. 47) — L. 2. ut nemo (11. 53).

Nel libro XII — L. 8. qui mil. (12. 34) — L. 18. 19. de erogat. mil. an. (12. 38) — L. 12 de met. (12. 41) — L. 3. de filiis offi. (12. 48.) — L. 7 de exe. (12. 61.) — L. 2. public. let. (12. 64).

4) Delle Novelle non sono glossate: N. 11. 13. 21. 24. 32. 35—37. 40—43. 45. 50. 59. 62 — 65. 68. 75. 87. 101—104. 110. 121. 122. 126. 129. 130. 133. 135—142. 144 — 158. 160—168.

V. *Biener*, storia delle Novelle di Giustiniano, Berlino 1824. È da notarsi che tutte queste leggi e Novelle non glossate mancano del tutto nelle antiche edizioni glossate del *corpus iuris*. V. l'edizione dei *frat. Sennetonios*. Lug. 1550.

§. 4.

Bibliografia.

V. *Lipenii*, Biblioth. real. iuridica, cum supp. Schottii et de Senkenberg. Lips. 1737.
1775. 1789. IV. tom. fol. ab *Ulmstein* Bibl. selec. iur. civ. iust. Ber. 1821 — 23. III.
tom. *Schletter*, manuale di letteratura giuridica, Grima 1843. *Egelmann*, bib. iur.
Lip. 1840 — *Lexicon* litteraturae academico-juridicae in libraria Gùthiana venalium,
Lips. 1828.

Tutta la bibliografia del diritto romano si può dividere in 3 categorie distinte, in opere esegetiche, sistematiche, e in monografie.

I. I Glossatori, i quali furono i primi ad iniziare lo studio del diritto con le loro celebri *lectiones bononienses*, si attennero alla più stretta *esegesi*, essi non mirarono ad altro che ad annotare i testi (§. 3. N. III); la loro scuola continuò fino al secolo XV, naturalmente con diverso carattere, tendente al metodo sistematico. I Glossatori si attennero al metodo della stretta *esegesi* fino ad Accursio, il quale diede un novello avviamento alla scienza. Le glosse d' Irnerio e suoi discepoli, studiando essi il diritto sui fonti vivi, e confrontando i passi fra loro, valsero non poco a correggere i testi. Questo metodo terminò con Accursio, il quale riunendo tutte le Glosse in una sola opera (*summa*) deviò dal cammino dei suoi maestri (1).

Fu abbandonata la vera via, e fu presa la falsa, come osserva il dotto *Savigny* (a), e la scienza ne scapitò non poco. Quantunque il dotto giurista alemanno volesse togliere ad Accursio la responsabilità della decadenza, pure le *Somme* fecero traboccar la bilancia; imperocchè si trascuravano i testi e si prendeva per testo tutto ciò ch'era spiegazione e non esatta di esso: quindi si passò al dommatico, alla casuistica, al vago ed all'indefinito, ed un autore, che più tardi segnalossi come seguace di una altra scuola, ebbe a dire severe e dure parole contro giuristi, che seguirono questa falsa via: *Verbosi in re facili, in difficili muti, in angusta diffusi* (2).

Questa fu la scuola dei Prammatici detta altrimenti scuola dei secondi Glossatori.

Nel XVI Secolo si fa tesoro della filologia e della storia, si torna indietro ai testi, ai fonti vivi, si scevera il vecchio dall'antico, si penetra più al fondo del senso dei Romani giuristi, e prende nome quella scuola chiamata francese o umanista, della quale si può chiamare l'astro più brillante Giacomo Cuiacio; e ciò non perchè nella sola Francia sia nata e cre-

(a) Storia del D. R. vers. it. per *Bollati*, vol. 2.° c. 41, Torino 1857.

sciuta quella scuola, essendochè il diritto aveva già avuto i suoi cultori secondo questo indirizzo in Italia, in cui prima di Cuiacio venne in rinomanza Andrea Alciati, che a buon diritto possiam chiamare il fondatore di quella scuola. Sebbene il carattere intrinseco e l'indirizzo di queste scuole fossero diversi, pure gli autori si attenero più o meno strettamente al commento dei testi (3).

Fin da questo medesimo secolo, specialmente in Olanda incominciassi a trattare il diritto con sistema più libero, quantunque le materie fossero ancora esposte nel medesimo ordine de' fonti giustiniani; già nella stessa scuola francese le teorie senza allontanarsi da' fonti, come quelle dei Prammatici, hanno un carattere scientifico più rigoroso.

II. Il metodo perfettamente sistematico è un frutto del XVII secolo: in cui cominciarono gli autori ad esporre le materie secondo un proprio sistema, non vincolato dall'ordine del corpo del diritto. Questo modo di esporre le teoriche del diritto romano acquistò sempre più terreno di maniera, che l'antico metodo esegetico sembra oggi del tutto abbandonato. Astrazion facendo dalla parte generale, alcuni si attengono alle Istituzioni romane, altri se ne allontanano.

III. In questo secolo, massimamente in Germania, dove questo ramo essenziale delle scienze giuridiche trova più cultori, senza che si abbandon l'ordine sistematico, lo studio di qualche materia speciale sembra esser prediletto, cosicchè l'età nostra si distingue massime per le monografie. In quest'ultimo indirizzo della letteratura giuridica mentre si scapita da una parte nell'insieme della scienza, si ha dall'altra un quadro infinitamente più particolarizzato delle teorie; il che non sarebbe agevole nella esposizione di un sistema (4).

ANNOTAZIONI

(1) I Glossatori più celebri furono Irnerio morto probabilmente circa il 1191 — Bulgaro soprannominato *Os aureum* ✕ 1116 — Martino Gosia soprannominato *Copia legum* ✕ 1166 — Iacopo dalla Porta Ravennate ✕ 1178 — Ugo ✕ 1168 — Piacentino ✕ 1192 — Pillio ✕ dopo il 1207 — Giovanni Bassano — Alberico dalla Porta Ravennate — Azzone ✕ dopo il 1229 — Ugolino Presbitero — Iacopo Baldovino ✕ 1235 — Accursio ✕ 1260.

(2) È da distinguersi tra i Prammatici Odofredo ✕ 1265 — Bartolo; in grande onore era tenuto questo giurista in Italia e fuori, i principi se ne disputavano i consigli, egli morì nel 1347 — Cino da Pistoia, l'amico di Dante e precettore di Bartolo, morì nel 1337 — Baldo di non minore autorità del suo maestro Bartolo, morì nel 1400, ecc.

(3) Furono celebri in questa scuola Cuiacio ✕ 1590 — Donello, Duareno, Brissoni, Jacopo Gotofredo, Pietro di Area Bandoza.

(4) Tra i commentarii, sistemi, e monografie bisogna far menzione:

1) Per commentario sopra tutto il corpo del diritto è da mettersi in primo luogo l'opera di Cuiacio. Le migliori edizioni sono: *Celesti*, opera omnia Lutet. Paris 10. tom. in fol. Le due napolitane, una fatta da Rancio 1722, e l'altra da Domenico Albanese 1757 in 11. vol. in fol. È indispensabile per l'uso il prontuario di Domenico Albanese, Napoli 1763.

Tra i diversi commentarii delle parti del *corpus iuris* sono da commendarsi:

(a) Per le Istituzioni: il commentario di Baldovino, Paris 1546. *Hotomanno*, Basilea 1560. *Gifanio*, Lugolst. 1596. *Giovanni della Costa*, Lugd. Bat. 1744. *Otto cura Iselii*, 1760; *Vinnio* con note di *Eineccio*, Lugd. Bat. 1726.

(b) Per le Pandette: *Odofredi*, comment. in Dig. Vet. 1480. *Alciati*, comment. in var. tit. Dig. (in opp. tom. I. II.). *Duareni*, comm. in Pand. (in opp. p. 1. sqq.) *Donelli*, comm. in quosd. tit. Dig. (in opp. tom. X. XI.). *Giphanii*, lectur. Altorph. in tit. Dig. et Cod. var. Francof. 1605. *Ant. Fabri*, rat. in Pand. Lugd. 1659. *Brunnemanni*, comm. in L. libros Pand. Francof. 1670.

(c) Tra i commentarii sul Codice sono da distinguersi: *Odofredi*, Lect. sup. XII. lib. Cod. 1550. *Azonis*, Lect. ss. com. ad sing. leg. XII. libr. Cod. Par. 1377. *Donelli*, coment. absol. in II. III. IV. VI. VII. lib. Cod. Iust. Francof. 1599 (in op. tom. VII — IX.). *Giphanii*, explanatio difficilior. et celeb. leg. Cod. Iust. Col. 1614. *Wissenbachii*, comment. cathedr. in libr. VII. Cod. Franc. 1701. *Perezii*, praelect. in Cod. Col. 1664, 2. tom. *Brunnemanni*, comment. in lib. XII. Cod. Lipsiae 1697.

(d) Per le novelle: *Bakhini*, comm. in praec. Iust. Nov. Lugd. 1548. *Stephani*, expos. Nov. const. Franc. 1608. *Rittershusii*, Ius Iust. b. e. Nov. Iust. expositio method. Argent. 1605.

(e) Commentarii sopra alcuni passi: *Alciati*, paradoxor. libri VI; praetermis. lib. II; parergor. lib. XII v. opera omnia. *Augustini*, em. et opin. lib. IV, Ven. 1543 (in Ottonis thes. t. IV.). *Duareni*, disput. univ. libr. II. (v. opp.). *Cujacii*, obsv. et em. libr. XXVIII (in opp. edit. Neap. t. III). *Hotomanni*, obs. et emen. libr. XIII (in opp. t. I). *Ant. Fabri*, conject. iuris. civil. hb. XX. Lugd. 1691, in f.; *Bronchorst*, *ιστορικαὶς* centuriae quatuor. Lugd. 1598. *M. Lyclama a Nycholt*, membranar. libr. VII. Francf. 1608. *Panciroli*, thesaurus var. lect. utr. iur. in III libr. distinctus Lugd. 1617. *Jul. Pactii* *ιστορικαὶς* centuriae VII, Lugd. 1618.

Amaya, obser. iur. lib. III. Gen. 1633. *Chesii*, interpr. iur. lib. II. Liburni 1657. *van de Water*, Observ. iur. Rom. libr. III. Traj. Bat. 1743. *Duirsema*, coniecturalium iur. civ. libr. II. Gron. 1714. *Iensii*, stricturae ad Iust. Codic. ac Pand. Rotter. 1749. *Grotii*, florum sparsio ad ius Iust. cum praef. Gebaueri, Hal. 1729. *a Costa*, prael. ad illustr. quosd. tit. locaque select. iur. civ. Lugd. 1773. *Voorda*, Lugd. Bat. 1773. *Merillii*, observ. libr. VII (v. opp.). *Noodtii*, probab. iur. civ. lib. IV, obser. lib. II. (v. opp.). *Van Bynkershoek*, obs. iur. Rom. edid. Heinecc. Franc. et Lips. 1793. *Voorda*, interp. et emend. iur. rom. lib. III. Traj. ad Rh. 1768. *Wieling*, lection. iur. civ. lib. II. Traj. ad Rh. 1740. *d'Arnaud*, var. coniect. libr. II. Francf. 1738. *Marckartii*, probabilia rec. lect. iur. civ. Traj. ad Rh. 1737; pars. II. 1738. *Conradi*, obs. iur. civ. Marb. 1782. *Püttmanni*, interpret. et obsv. libr. sing. Lips. 1763, probabilia iur. civ. libr. II. Lips. 1766. *Cannegieter*, obs. iur. Rom. lib. IV. Lugd. 1772. *Crameri*, disunct. iur. civ. libr. sing. Suerin et Wism. 1792. *a Teisterbant dict. Bilderdik*, obs. et emend. libr. Brunsv. 1806.

(f) Sono interessanti per l'esegesi del Diritto i seguenti Dizionarii giuridici: *Brissonii*, de verbor. quae ad ius civile pertinent significatione, opus, Lugd. 1559, in f.,

cura *Heineccii*, Hal. 1743, in f. *Wunderlich*, additamenta ad *Brissonii* opus de verb. sign. Hamb. 1778, in f. *Cramer*, supplementi ad *Brissonii* opus de verb. sign. spec. I Kil. 1813. *Vicat*, vocabularium iuris utriusque ed. 2.^a 4. vol. in 8. Neap. 1760. *Dirksen*, manuale latinilatis fontium iur. civ. Rom. Berol. 1837. 4. *Heumann*, lexicon al corp. del dirit. civ. Jen. 1846-8 (tedesco). *Richter*, de signif. adv. in iure, Jen. 1666. *Kirchmaieri*, opuscula VI. de lat. Dig. et Inst. cura *Madihn*, Hal. 1772.

2) In rapporto ai sistemi sono degni di menzione:

a) Secondo l'ordine dei codici giustiniane:

Huberi, praelect. ad Instit. Iustin. Francf. 1678.

Höpfner, commentario sulle istituzioni di *Eineccio*, Franf. 1783, 7.^a ediz. con note di *Weber*, 8.^a ediz. 1818; *Maieri*, collegium Argentoratense, Argent. 1616-17, 2. vol. con note di *Tabor*, Tüb. 1657, 3 vol. *Struvii*, synt. iur. civ. Jena 1659. *Struvii*, syntagma iuris. sec. ord. Pand. cum add. *Mülleri*, Francf. et. Lips. 1738, in 3 vol. *Huberi*, praelectiones iur. rom. et hod. ad Pandect. Francf. 1689-90, 2. vol. *Lauterbachii*, collegium theoricopracticum, Tüb. 1784. *Voet*, commento alle Pandette libri 50 ecc. nuova edizione con volgarizzamento a fronte, riveduta e corretta dal dott. *Lone Fortis*, Venezia 1846-55. 6. vol. in 8. *Schilleri*, praxis. iur. civ. Rom. in foro Germ. Francf. et Lips. 1713-33. *Strykii*, usus modernus Pandect. Hall. 1746. *J. H. Böhmerti*, introductio in ius Dig. Hal. 1704 edit. nov. 1791. 2. vol. *Westenbergii*, principia sec. ord. Dig. Harderov. 1712. Berol. 1814-23. 2. vol. *Pothier*, Pandect. Iust. in nov. ord. Dig. Par. 1748, 1818. 3. vol. in f. *Pothier*, Le Pandette di Giustiniano riordinate, versione italiana col testo delle leggi a piè di pagina, Venezia 1840. 4. vol. in 8. *Hellfeld*, iurisp. forensis secund. Pand. ord. prop. Jen. 1764. Jen. 1806. *Malblank*, principia iur. Rom. sec. ord. Digest. 3. part. Tüb. 1801-2. *Glück*, commentario delle Pandette secondo *Hellfeld* vol. I-XXXIV, seguito da *Mühlenbruch* vol. XXXV-XLIII, 1832-43. *Eichmann*, interpretazione di diritto civile secondo il manuale di *Hellfeld* sulle Pandette: part. 1-3, Berl. 1779-1799. *Köchy*, commentario teorico pratico sulle Pandette part. 1-3, Lips. 1796-1804.

b) Tra i sistemi secondo un ordine libero sono da registrarsi: *Heise*, piano di un sistema del diritto civile, Heidelberg 1823. *Burchardi*, svolgimento e sistema del diritto romano privato traduzione dal tedesco dell'avv. De Conciliis, Nap. 1857, 2. vol. *Haubold*, doctrina Pandect. lineam. cum loc. class. et select. lit. Lips. 1820. *Bergmann*, compendio di un sistema delle Pandette, Göttinga 1810. *Unterholzner*, Bresl. 1817. *Rosberger*, sistema del diritto civile romano, Berl. 1826. *Blume*, saggio delle Pandette, Halle 1829. *Bettmann-Hollweg*, piano di lezioni sulle Pandette, Bonn. 1831. *Puchta*, Sistema del diritto civile comune per uso di lezioni sulle Pandette, Monaco 1832. *Rudorff*, piano di lezioni sul diritto civile comune, Berl. 1843.

Böcking, piano di lezioni sulle Pandette, Bon. 1845-1848. Les loix civiles dans leur ordre naturel, le droit public. par *Jean Domat*, Tom. I-III, Par. 1689 1697 1777. 2. vol. in f. *Berger*, oeconomia iuris ad usum hod. adcommodata cura *Haubold*, Lips. 1801, in 4. *Madihn*, principia iur. Rom. P. I-V. Francf. 1786-91. *Hofacker*, principia iur. civ. rom. tom. I. Tüb. 1788. tom. II. et III. cura *Gmelin*, ibid. 1794-98 ed. 2.^a ibid. 1800-3. *Dabelow*, Sistema dell' odierno diritto civile, 2. part. Halle, 1794. 2.^a ed. ibid. 1796, 3.^a ed. sotto il titolo manuale dell'odierno diritto privato romano-germanico, ibid. 1803. *Thibaut*, sistema del diritto delle Pandette, Jena 1803. 7.^a ediz. ibid. 1828. 2. vol., 8.^a edizione, Jena 1834, 9.^a edizione dopo la morte dell'autore fatta per cura di *Buchhottz*, Jena 1846, trad. in ital. per *Gius. Colucci*,

Nap. 1857. *Wittich*, semplice sistema dell'odierno diritto civile, Franc. 1804-5, 3. vol. *Günther*, principia iur. rom. priv. novis. Jena 1805-1809. 2. vol. *Bucher*, saggio di una esposizione sistematica del diritto privato giustiniano, Marb. 1808. 3.^a edizione, Erlan. 1822. *Mackeldey*, compendio delle istituzioni dell'odierno diritto romano, tradotto in latino da *Hindenburg*, Lips. 1847. Trad. in ital. per Raf. Andreoli, Nap. 1853.

Schweppe, il diritto romano nella sua applicazione al foro germanico, Altona 1814, ultima edizione per cura di Mejer, Gött. 1828, dal 1-2. vol., 1831-34, 3-5 vol. *de Wening-Ingenheim*, Compendio del diritto civile, ultima edizione fatta per cura di *Fritz*, Monaco 1836-37. *Mühlenbruch*, doctrina Pandectarum, Halle 1830-31. *Seuffert*, compendio delle Pandette, Würzb. 1825. *Warnkoenig*, commentarii iur. rom. priv. Leod. 1825. *Vallet*, compend. delle Pandette, Göttinga 1828-29. *Haimberger*, ius roman. priv. idque purum, Leopoli 1829-30.

Puchta, compendio delle Pandette, Lips. 1838; lezioni sul diritto romano odierno di Puchta edite da Rudorff. 2. vol. Lips. 1847-48. *Göschel*, lezioni sul diritto civile comune edite da *Erxleben* 3. vol. Göttinga 1838-40. *Kierulff*, Teoria del diritto civile comune, Heidelberg 1840. *Savigny*, Sistema del diritto romano odierno, Berlino 1840-49. *Vangerow*, Comp. delle Pandet. Marb. 1851-56. 6.^a ed.

Sintenis, il diritto comune civile, Lips. 1844. *Schmid*, compendio del diritto vigente, Lips. 1849.

In rapporto alle sole Istituzioni sono interessanti i lavori di *Schilling*, compendio per le Istituzioni e storia del diritto romano, Lips. 1846. *Puchta*, corso delle Istituzioni, Lips. 1844-47, tradotto in italiano dall'avvocato Antonio Turchiarulo, Nap. 1854. *Boecking*, Istituzioni, Bonna 1843. *Marezoll*, man. delle Ist. Lips. 1857, tradotta in ital. dall'avvocato *Giuseppe Polignani*, 2.^a ediz. Napoli 1866.

d) Delle opere miste sono da registrarsi:

Cuiacii, op. om. nell'edizioni suddette v. (n. 2.), più un'ultima edizione, *Cuiacii* IC. Tolosatis opera ad Pariensem editionem diligentissime exacta, Prati 1858 (*Giacchetti*) 10. vol. in 4, si sono pubblicati 42 fascic. *Alciati*, op. om. ed. nov. Francf. 1617. 2. vol. in f. *Corasii*, op. om. cura Forsteri, Vit. 1603. 2. tom. in f. *Duarenii*, op. om. ed. novis. Francf. 1607 in f. *Goveani*, op. Lugd. 1562. *Hotomanni*, op. cura *Leclii*, Genev. 1599-1600. 3. tom. in f. *Contii*, op. edit. *Merill*. Par. 1616, in 4. *Donelli*, op. cura *Pellegrini*, Lucc. 1762-70. 12 tom. in f. *Gentilis*, op. om. Neap. 1763-69, 8. tom. in 4. *Augustini*, opera Lucc. 1765-74. 8. tom. in f. *Merillii*, op. Neap. 1720, 2. tom. in 4. *Alteserrae*, opera, cura Morotta, Neap. 1776-80, 6. tom. in 4. *Noodtii*, op. edit. novis. Lugd. Bat. 1767, 2. tom. in f. *Westenbergii*, op. om. Hann. 1746-58. 3. tom. in 4. *Binker shoekii*, op. om. cura *Vicati*, Lugd. Bat. 1766, in fol. *Heineccii*, op. om. cum sup. Genev. 1765-79. 9. tom. in 4.

e) Fra le piccole collezioni si distinguono:

Brissonii, opera minora Lug. Bat. 1747. in f. *Iacop. Gothofredi*, opera iuridica minora cura *Trotzii*, Lugd. Bat. 1733. in f. *Reinoldii*, opusc. iurid. Lugd. Bat. 1755. 8. *Ludewig*, opuscola miscellan. 2. t. Hal. 1720. in f. *Waechterli*, opuscola rarior. c. praef. *Trotz*, Traj. ad Rh. 1733. *Conradi*, opuscola ex iure civ. 2. tom. Brem. 1777-78. *Meister*, selector. opus. sylloge, Göttingae 1767-75. *Schultingii*, commentationes academicae, Hal. 1770-74. *Hellfeld*, opusc. et dissert. iur. civ. priv. Jena 1775, in 4. *Crell*, disert. et progr. fasc. I-XII. Hal. 1775-84. *Gebaneri*, exerc. acad. varii argum. Erf. t. I. II. 1776-77, *Glück*, opuscola iur. fasc. I-IV. Erl. 1785-90. *Walch*, opuscola t.

I-III. Hal. 1785-93, in 4. *Baneri*, opuscola acad. t. I. II. Lips. 1787. *Winkleri*, opuscola min. Lips. 1792-97. 2. tom. in 8. *Hauboldi*, opuscola acad. Lips. 1825-1829. *Bieneri*, opuscola acad. Lips. 1830-2. v. 4. *Cramer*, piccoli scritti, Lips. 1837. *Savigny*, opusc. varii 5. vol. Berl. 1850. *Ant. Fabri*, de err. pramat. P. I-IV. Lugd. 1598. *Vaudi*, var. quaest. libr. II. Han. 1595. *Hotomanni*, quaest. illust. liber. 1598. *Bachovii-Echti*, not. et anim. ad disput. Treuleri ed. 2. Colon. 1688. 2. v. *De Valentia*, illust. iur. tract. libri III. Salm. 1625-34, in 4. *Vinnii*, select. iur. quest. lib. II. Lugd. Bat. 1653, in 8. *Menagii*, iur. civ. amoenitates, Par. 1664, in 8. *Ul. Uberi*, digressiones iust. Francf. 1696. *Lauterbachii*, disser. acad. Tub. 1728. 4. vol. *Bergeri*, diss. iur. select. Lips. 1707. 4. *Hertii*, comm. atque opusc. Francof. 1737. 2. vol. in 4. *de Cocceji*, exercit. curiosae, Lemgov. 1722. *Alef*, dies accad. Heidelberg. 1753. *Thomasii*, dissert. var. Hal. 1774-80. 4. vol. in 4. *Bynkershoek*, opusc. var. ex edit. *Conradi*, Hal. 1729. 2. tom. in 4. *Nordkerk*, obs. decas. Amsterdam 1731. *Leyseri*, medit. ad Pand. vol. I-XI. Lips. 1772, vol. XII. et XIII. cura *Hoepfneri*, Gies. 1774-80. *H. Böhmeri*, exercit. ad Pandect. cura G. L. Böhmeri, Hann. et Gött. 1745-64. 6. tom. in 4. *Majansii*, disp. iur. Lugd. Bat. 1752. 4. tom. in 4. *Woltaer*, observ. fasc. I. et II. Hal. 1777 e 79. *G. L. Böhmeri*, select. iur. civ. Gött. 1767-78. 3. tom. in 4. *Püttmanni*, advers. iur. univ. L. I. III. Lips. 1786. in 8. *Miscellan. Libr. sig.* Lips. 1793. *Weber*, saggio sul diritto civile Schv. et Wism. 1801. *Frat. Overbeck*, Meditazioni sopra differenti materie di diritto 11. vol. Han. 1796-1807. *Köchy*, Lips. 1797. *Bolley*, meditazioni in varie materie di diritto, Stutg. 1831. *Hübner*, disput. iur. civ. Jena 1806. *Thibaut*, saggio sopra speciali parti della teoria giuridica, Jena 1807. 2. vol. *Lo stesso*, dissertazioni civili, Heidelberg 1814. *Bauert*, resp. ad quaest. etc. Lips. 1801. 2. vol. in 4. *Feuerbach*, saggi civili, Giess. 1803. *Buchholz*, saggi sopra varie materie di Diritto, Lüb. 1808. *Schrader*, dissertazioni di diritto civile, Hann. 1808. *Goeschen*, obsev. iuris Rom. Berol. 1811. *Hufeland*, sullo spirito del diritto romano, una serie di dissertazioni, Giess. 1815-1817, 2. vol. *de Bülow*, dissertazioni sopra alcune materie di diritto civile romano, Brun. 1817-18. 2. p. *Kämmerer*, obsev. iur. Rom. Rost. 1827. *Witte*, dissertazioni sulle materie del diritto Romano, Berl. 1817. *Mühlenbruch*, observat. iuris. rom. spec. I. Regim. 1818. *Schweppe*, Magazzino giuridico, Alton. 1818. *Gesterding*, vecchi e nuovi errori de' giuristi, *Greifsw.* 1818. *Dirksen*, dissert. civili, Berl. 1820. Saggi sulla critica ed interpretazione dei fonti del diritto romano, Lips. 1823. *Puchta*, dissert. civil. Lips. e Berl. 1823. *Franke*, diss. civ. Gött. 1826. *de Schröter*, obs. iur. civ. Jena 1823. *Huschke*, studii sul diritto romano, Bresl. 1830; *Kritz*, esposizione pratica delle materie del diritto Rom. Dresd. e Lips. 1831. *Weiske*, quaest. iur. civ. in usum fori comparatae, Zwicav. 1831. *de Buchholz*, saggi sopra alcune teorie dell' odierno diritto romano, Könisberg. 1831. *Müller*, dissert. civ. Giess. 1833-35. *Arndts*, esposizione di varie teorie del diritto civile e proced. Bonn. 1837 — *von den Pfordten*, dissert. sul diritto delle Pandette, Erlang. 1840 — *Wolff*, dissert. sul diritto civ. 1840-43. *Sintenis*, capita selecta ex iur. civ. Giessen. 1840. *Jhering*, dissert. di dirit. Rom. Lips. 1844 — *lo stesso*, spirito del diritto Romano. *Orloff*, *Heimbach*, *Schüler* e *Guyet*, dissert. civ. e casi di diritto, Jena 1847. *Capuano*, Dottrina e Storia del D. R., Napoli 1864.

6) Collezioni di dissertazioni di vari autori:

Tractatus univ. iur (tractatus tractatum), Venet. 1584. XXIII. tom. in f. — *Ottomnis thesaurus iur.* R. tom. I-IV. Lugd. Bat. 1725-29. in f.; poi tom. I-V. Traj. 1733-35 — *Heineccii*, iurispr. rom. et att. tom. I-III. Lugd. Batt. 1738-41. in f. *Meerman-*

Diritto romano.

ni, nov. thes. iur. civ. et can. tom. I-VII. Hag. Com. 1751-53. in f. supplem. edit. J. L. B. de Meermann, Hag. 1780.—*Fellenberg*, iurispr. antiqua cont. opusc. et diss. VII. tom. Bern. 1760-61. 4. *Oelrich*, thes. diss. iur. select. in acad. Belg. habitat. II. vol. in 6. tom. Lips. 1769-70. Collectio diss. historico-antiquario — iuridicar. in acad. Germ. habitat. Bren. 1785, 4. — *Hagemann e Günther*, Archivio teorico e pratico dei giuristi, 6. vol. Brunsv. 1788-92. *Hugo*, magazzino civ. 6. vol. Berl. 1791-37. Magazzino per la filosofia e storia del diritto e della legislazione di *Grotmann*. 2. vol. Giessen 1800-1807. Annali della scienza storica del diritto per *Savigny*, *Eichhorn* e *Göschen* 15 vol. Archivio di procedura civile per *Gensler*, *Mittermaier* e *Schweizer*, dal 5° vol. per *Löhr*, *Mittermaier* e *Thibaut*, dal 14° vol. per cura di *Linde*, *Löhr*, *Mittermaier*, *Mühlenbruch*, *Thibaut* e *Wächter*, dal 16° vol. per *Franke*, e dal 24° per *Vangerow*—Annali per diritto e procedura civile per *Linde*, *Marezoll*, *Wening-Ingenheim*, Giess. 1818-44. 20. vol. — Museo del Reno per *Giuris. Filosofia, e Storia*, o la novella edizione sotto il titolo: Museo del Reno per la giurisprudenza, per cura di *Blume*, *Hasse*, *Puchta*, *Puggé*, quindi la nuova edizione sotto il titolo: nuovo Museo del Reno per giurisprudenza, Bonna 1871-35. 7. vol.—*Teml*, annali per la giurisprudenza pratica per *Elvers*. 2. vol. Gött. 1817-29 — Annali per lavoro storico e dommatico del diritto Romano, Brunsvic. 1841-44, 3. vol.

g) Per monografia e casuistica sono da annoverarsi le seguenti opere: *Mynsinger*, consil. decades VI. 1576. *Gaill*, pract. observ. libri II. Gen. 1740. *A. Faber*, codex definit. forens. Gen. 1740. *Vultejus*, consilia seu responsa facult. iur. IV. vol. 1611. *Bertich*, conclusiones practicabiles 1618. *Carpsov*, iurispr. forensis, Francf. 1638, ejusd. respons. libri VI. Lips. 1642. *Mevius*, decisiones, Wismar 1664. *de Berger*, responsa, Lips. 1708; ejusd. consilia, Lips. 1731. *Böhmer*, consultationes et decisiones, Halle 1733. *Hommel*, rhapsodia quaestionum, Lips. 1765. 7. vol. Collectio notab. decis. 1768-1821, 17 vol. in 4. *Kind*, quaestiones forenses, Lips. 1792.

LIBRO I.

Parte generale.

CAPITOLO I.

DEL DIRITTO IN SENSO OBBIETTIVO.

§. 5.

I. Della giustizia e del diritto.

T. Inst. de iustitia et iure (1. 1.) T. D. h. t. (1. 1.).

Vico, de universi iuris uno principio et fine uno. *Marescalli*, comp. delle Istituzioni §. 1. Lips. 1837. *Puchta*, corso delle Istituzioni I. §. 1. ss., Nap. 1854. *Savigny*, Sistema del D. R. vol. I. §. 7. ss., Berlino 1840.

Varii significati ha la voce Diritto ne'fonti romani; Ulpiano lo fa derivare dall'idea della giustizia, e riferendosi alla definizione di Celso, così si esprime: *Ius est ars boni et aequi* (a). *Ius* altrimenti è una legge speciale, il complesso delle leggi della medesima natura, il luogo finalmente dove si amministra la giustizia (b).

Prescindendo da tutti questi differenti significati, considereremo il diritto dal doppio lato obbiettivo e subbiettivo. *Diritto* in senso obbiettivo è *la norma, la quale procedendo dall'idea del Giusto, si manifesta nella coscienza giuridica di un popolo, e sancita dall'organo dello Stato, regola e garantisce lo svolgimento della personalità.*

In questa definizione è mestieri fare le seguenti riflessioni:

1) La origine del diritto non può essere che divina, e come ogni altra disciplina ha suo fondamento nell'ordine eterno delle cose, in quell'ordine cosmico rivelato alla nostra mente come legge morale. Ora, poichè per intima sua natura l'uomo deve conformarsi all'ordine eterno, e con gli altri cooperare al fine a cui Dio diresse l'uman genere, nasce una comunanza di scopo, ed una varietà di mezzi a quello proporzionati, pei quali ognuno tiene assegnata la sfera della propria attività; cosicchè ogni individuo, senza contrariar gli altri, fa dal suo canto ciò che deve condurre ad un bene supremo comune a tutti.

Nell'ordine morale, il quale procedendo da Dio, ha leggi eterne afinchè tutti tendessero al medesimo fine, i Romani fondavano la idea di giustizia, che definivano: *constans et perpetua voluntas ius suum cuique tri-*

(a) L. 1. pr. h. t.

(b) L. 11. h. t.

buens, ossia la costante e perpetua volontà di attribuire a ciascuno la sfera della sua attività. I Romani adunque, come Platone, ponevano la giustizia nella coordinazione di tutti gli sforzi individuali pel conseguimento del sommo bene.

2) La tendenza costante al fine degli uomini si manifesta diversamente ne'vari popoli; rotta l'unità del linguaggio, fu variamente intesa la idea del Giusto, rivelata all'uomo per mezzo della parola.

Ora gl'individui d' un medesimo popolo, avendo comune la religione e la favella, comune hanno ancora la idea del Giusto, la quale in una forma individuale e concreta si manifesta nella loro civiltà. Questa idea, che prende posto in una comunanza d'individui, che forma il loro legame spirituale, e l'intimo convincimento di tutti, i quali poi, onde governassero i vicendevoli rapporti, la concretano, genera il diritto. E così appelleremo la coscienza giuridica del popolo, coscienza comune, la quale, indipendentemente dai singoli, sorge dallo spirito del popolo, unisce il presente col passato e l'avvenire, e si effettua per mezzo della tradizione. Da ciò nasce essere il diritto parte della civiltà di un popolo, uno de' segni più caratteristici della sua nazionalità, che con lui si svolge nel tempo e nello spazio.

3) La idea del diritto adunque va strettamente congiunta con quella dello Stato, ch'è la forma sensibile e costitutiva che dà al popolo l'ordinamento reale, e la personalità.

Se il diritto ha la sua origine nella comune coscienza di un popolo, come questo non può prendere forma concreta che nello Stato, ossia nella forma in cui il popolo opera, così quello è sanzionato dall'autorità dello Stato, organo della comune coscienza, e prende la forma definitiva più perfetta nella Legge sotto l'immediato potere dello Stato, che lo garantisce e lo amministra.

4) Il diritto così considerato garantisce il libero svolgimento della personalità. La libertà di operare nell'ordine giuridico consiste appunto nella libera scelta di quei mezzi concessi alla persona come membro di organizzati individui. E però, avendo tutti eguale facoltà, la libera esplicazione è violata dal momento che vengono rotti i confini della sfera della individuale operazione; dal che chiaramente risulta che il diritto è il solo campo in cui si attua la personale libertà, e che non può concepirsi idea di diritto senza ammettere nel medesimo tempo il dovere di lasciare agli altri libero il campo del loro operare.

5) Qui si fonda e prende origine il diritto inteso nel senso subbiettivo, che consiste appunto in quella facoltà di svolgere la propria personalità, nell'impero dell'arbitrio nei confini dal diritto (in senso obbiettivo) assegnati.

II. Della divisione del diritto.

§. 6.

A. Del diritto pubblico e privato.

Gli uomini vivendo in un consorzio organizzato o nello Stato, possono essere considerati sotto un doppio rapporto; essi hanno la propria individualità, e formano parti integranti di una più vasta costituzione. Gli individui adunque si possono considerare come esseri indipendenti l'uno rincontro agli altri, oppure come parti di un altro tutto.

Nel primo caso, affinché essi governino la loro vita civile, nascono delle relazioni tra individuo ed individuo, le quali sancite con principii determinati e precisi, formano quel diritto che appelleremo privato. Al contrario, quando sorgono relazioni che concernono gli uomini formanti parti d' un' altra organizzazione, ossia lo Stato preso come persona con le varie sfere della sua attività, esse formano un altro diritto, che perciò appellasi pubblico. È d'avvertire, che queste relazioni di diritto possono più o meno mediatamente riguardare l'utile degl'individui, ma non considerati come tali, sibbene sempre come parti integranti di un altro tutto che chiamiamo Stato (a).

§. 7.

B. Ius naturale, gentium et civile.

T. 1. De iure nat. gent. et civili (1. 2). *Puchta*, Diritto Consuet. Vol. 1. capo 3. *Savigny*, Sist. Vol. 1. §. 22. append. prima.

1. Il diritto civile è la prima forma del diritto privato, che porta l'impronta del popolo che l'ha costituito; quel diritto, che, sviluppatosi dalla coscienza giuridica, porta il nome di civile, quasi proprio di una città (a).

Il diritto civile dei Romani è dunque quello, che, esplicatosi con la civiltà del popolo romano stesso, era ai cittadini romani soltanto applicabile.

2. Il diritto delle genti non ha appo i Romani intieramente lo stesso significato che presso di noi, ossia la norma per regolare i rapporti di uno

(a) §. 4. Institut. de iust. et iur. (1. 1): Huius studii duae sunt positiones, publicum et privatum. Publicum ius est, quod ad statum rei Romanae spectat; privatum quod ad singulorum utilitatem pertinet. — L. 1. §. 2. de iust. et iure (1. 1) *Ulp.*: Sunt enim, quaedam publice utilia, quaedam privatim. Publicum ius in sacris, in sacerdotibus, in magistratibus consistit. — L. 1. §. 2. h. l.

(a) §. 1. Iust. h. l. — L. 9. de Iust. et Iur. (1. 1). Nam quod quisque populus ipse sibi ius constituit, id ipsius proprium civitatis est, vocaturque ius civile, quasi ius proprium ipsius civitatis.



Stato con un altro, diritto propriamente chiamato internazionale; nè vale a significare il diritto naturale che riguarda l'uomo e le sue relazioni in astratto; ma è un diritto concreto e positivo come lo stesso diritto civile; esso è lo specchio delle tradizioni giuridiche di tutti i popoli, *quo omnes populi utuntur* (b), ed è il risultato della equità e della *naturalis ratio*.

Un tal diritto sorgeva in Roma per opera dei Pretori.

3. A questo secondo elemento del diritto privato i fonti e gli scrittori ne aggiungono un altro, il diritto naturale (c), il quale non riguarda propriamente un elemento distinto dagli altri due, ma la base, il fondamento e la materia su cui versa il diritto.

Di qui si spiega come molti giuristi romani, non escluso lo stesso Ulpiano, o non lo ammettono (d), o lo confondono col diritto delle genti (e).

§. 8.

C. Diritto scritto e non scritto.

T. 1. de iure naturali gentium et civil (1. 2). T. D. de legibus senatusque consultis et longa consuetudine (1. 3).

T. C. Quae sit longa consuetudo (8. 53). *Puchta*, Diritto consuetudinario, part. 1.^a *Savigny*, Sist. del D. R. v. I. §. 12, 22, 25, 28, 30.

Per diritto scritto intendiamo quello che, sancito dalla potestà legislativa, è promulgato e reso di ragion pubblica per affissi o per qualunque altro mezzo, e si rende in tal modo obbligatorio per tutti (a). Per la qual cosa il diritto scritto si divide e prende diverse denominazioni secondo l'autorità da cui trae la sua origine, e la sua forza obbligatoria (b) (1).

(b) Eodem: quod vero naturalis ratio inter omnes homines constituit, id apud omnes peracque custoditur, vocaturque ius gentium, quasi quo iure omnes gentes utuntur.

(c) Pr. Inst. h. t. — L. 1. §. 3. h. t. ius naturale est, quod natura omnia animalia docuit; nam ius istud non humani generis proprium est, sed omnium animalium, quae in coelo, quae in terra, quae in mari nascuntur, avium quoque commune est. Hinc descendit maris atque feminae coniunctio, quam nos matrimonium appellamus, hinc liberorum procreatio, hinc educatio; videmus etenim cetera quoque animalia feras etiam, istius iuris peritia censer. — L. 4. — L. 6. eod. — L. 64. de cond. indeb. (12. 6). — Leg. 31. pr. depos. (16. 3).

(d) *Gui. Inst.* 11. §. 66. 69. Ea quoque, quae ex hostibus capiuntur naturali ratione nostra sunt. 79. eod. — L. 2. de superf. (43. 18). — L. 4. pr. de grad. (38. 10). — L. 11. de i. et l. (1. 1). — L. 2. 3. de div. rer. (1. 8). — L. 59. de O. et A. (44. 7). — L. 32. de R. l. (50. 17).

(e) L. 4. §. 2. de grad. (38. 10). — L. 50. ad L. Aqn. (9. 2). *Ulp.* Qui domum alienam invito domino demolit, et eo loco balneas extraxit praeter naturale ius, quod superficies ad dominum soli pertinet, etiam... reliq. — L. 3. §. 15. ad exh. (10. 4). — L. 1. §. 9. de vi (43. 16). — L. 8. §. 3. de fideius. (46. 1). — L. 14. de O. et A. (44. 7). — L. 6. de comp. (16. 2). — L. 10. de V. S. (50. 16). — L. 1. §. 7. de pec. cons. (13. 5).

(a) §. 3. b. t. Constat autem ius nostrum aut ex scripto, aut ex non scripto, ut apud Graecos τὸν νόμον αἰ μὴ ὑγραφοί, αἱ δὲ ἀγραφοί. — Ved. Appendice prima alla fine del pra. capitolo.

(b) Scriptum ius est lex, plebiscita, senatusconsulta, principum placita, magistratum edicta, prudentum responsa. — §. 4. — 8. eod.

1) Il diritto non scritto o il diritto consuetudinario è la immediata espressione del sentimento giuridico del popolo — *quae sine ullo scripto populus probavit*, e si manifesta nei costumi e nelle usanze, senza che alcuna potestà vi abbia data direttamente la sua sanzione (c). Da questo concetto si ha, che impropriamente si dice avere il diritto consuetudinario la sua origine nella consuetudine, la quale n'è solamente la manifestazione esterna; nulladimeno tale espressione può giustificarsi, quando si considera che il diritto consuetudinario incomincia ad avere esistenza positiva dal momento che la consuetudine si appalesa, ed essa è come la promulgazione pel diritto scritto. La consuetudine esiste negli atti delle persone non individualmente prese, ma idealmente, cioè nel tutto insieme di un popolo, di una nazione, e come svolgimento successivo di generazioni.

2) Perchè la consuetudine o il diritto consuetudinario possa servire di norma, si richiede: 1) che sia continua in riguardo al tempo, e generale in rapporto alle persone (*consuetudo tenaciter servata*); 2) che il principio di essa sia ragionevole e non contrario ai buoni costumi; 3) e che finalmente sia o espressamente o tacitamente riconosciuta dalla potestà legislativa; il che non s'intenda che spetta alla potestà medesima di dichiarare la massima di diritto consuetudinario e renderla nota a tutti (nel qual caso si avrebbe il diritto scritto), ma nel senso che sia data ai giudici espressamente o tacitamente la facoltà di decidere con un principio di diritto consuetudinario una privata quistione.

3) Il diritto consuetudinario così considerato ha lo stesso valore del diritto scritto; può servire a rischiarare punti oscuri della legge, correggere il diritto scritto, e finalmente può abrogare la legge medesima (d) (2).

ANNOTAZIONI

(1) La pubblicazione è quell'atto, che rende di pubblica ragione la legge, e perciò obbligatoria per tutti. Pur tuttavia si è domandato se colui il quale si appella ad una legge, in caso che venga negata la sua esistenza, possa essere chiamato a provarla. La pubblicazione è stata considerata come un mero fatto, per conseguenza, come degli altri fatti, così della legge si potrebbe provare la esistenza (e). A buon diritto è stata generalmente rifiutata una simile opinione; imperocchè la pubblicazione è una parte essenziale della legge, senza di cui il concetto di essa è impossibile; ora il giudice dovendo massimamente conoscere le leggi del suo paese, non deve farne un oggetto di prova, ma applicarle *ex officio*.

(2) Quest'ultima efficacia del diritto consuetudinario ha mosso serie controversie nelle scuole. Che il diritto di consuetudine avesse la virtù di abrogare la legge

(c) L. 32. h. t. *Iulianus*. De quibus causis scriptis legibus non nitimur, id custodiri oportet, quod moribus et consuetudine inductum est . . .

(d) L. 12. in fine h. t. — §. 11. Inst. h. t. — N. 89. c. 15.

(e) *Thibaut*, Sist. §. 25.

è espressamente detto nella L. 32. h. t., mentre tale virtù è negata dalla L. 2. h. t. (f). In ogni tempo e con ogni argomento possibile hanno tentato i giureconsulti di accordare queste due leggi che sembrano in aperta contraddizione. Chi voglia farsi un criterio degli sforzi degli antichi Glossatori per mettere in accordo a qualunque costo questi due passi, è d'uopo, che riscontri la glossa di Accursio (g), in cui si ricordano le opinioni d'Irnerio, di Martino Bulgaro, ecc.; il che dà a dividere essere nel Secolo XIII questa quistione non meno dibattuta di oggi. Gli scrittori più recenti non hanno fatto di meglio che continuare nelle medesime opinioni, e generalmente non è difficile incontrarsi con moderni autori, i quali accettano puramente la opinione d'Irnerio e Piacentino, cioè che si debba dar preferenza alla legge del Codice; e ciò perchè (secondo essi) l'argomentazione di Giuliano si rapporta massimamente alle idee repubblicane, quando il popolo aveva la potestà legislativa; in quel tempo era facile una consuetudine generale del popolo romano che potesse abrogare la legge, ma ciò non era più possibile al tempo di Costantino. Questa opinione, sebbene in altra forma, è stata accettata dal Savigny (h).

Tale opinione è per sé stessa poco fondata, imperocchè non ci possiamo punto arrischiare a ritenere, che la legge di Giuliano corrisponda ad un determinato punto storico del diritto romano, dopochè fu accettata nelle Pandette; salvo che non si voglia credere essere stata una inavvedutezza di Triboniano e dei compilatori. Non so poi con quanto fondamento si rammenti a questo proposito la potestà legislativa del popolo, chè, quando il popolo romano faceva uso nelle assemblee della sua potestà legislativa, non si aveva per effetto il consuetudinario, ma bensì il diritto scritto. Del resto la precitata opinione è tanto più da rigettare, in quanto che lo stesso Giustiniano ripete il medesimo principio di Giuliano (i). — Da che fa cattiva prova la suddetta interpretazione, i giuristi hanno tentato un'altra via, considerando la legge 2 di Costantino come se parlar volesse di una consuetudine locale o municipale, e non di quelle consuetudini generali del popolo romano. Secondo questa lettura la legge 32 di Giuliano parla delle consuetudini generali di tutto il popolo, e come tali possono vincere ed abrogare la legge; mentre Costantino, parlando delle consuetudini speciali, queste non potranno mai vincere una legge. Tale interpretazione è avvalorata dall'autorità di Donello e Savigny (k); questi si poggia sulle parole *non visis auctoritas*, le quali danno questo senso, ei dice, che la consuetudine non è tanto grande e tanto potente da poter vincere una legge; e quindi da quella espressione debbe riconoscersi che Costantino intende parlare solamente di una locale consuetudine. Al medesimo risultato mena la interpretazione del Thibaut, il quale, sebbene ammette che al tempo di Giustiniano non erano impossibili le generali consuetudini di tutto intero un popolo, pure conchiude non parlare la legge 2 cit. se non di

(f) *Const. Consuetudinis usque longaevi non visis auctoritas est, verum non usque adeo sui valitura momento, ut aut rationem vincat, aut legem.*

(g) *Ad L. 31. de legibus in Digestum vetus ap. Fratres Sennetionios. — Lugd. 1649, et ad l. 2. quae sit longa cons. eod.*

(h) *Savigny, op. c. V. 1. app. 2.*

(i) §. 11. *Inst. de iur. nat. (l. 2)... ea vero, quae ipsa sibi quaeque civitas constituit, saepe mutari solent vel tacito consensu populi, vel alia postea lege iata. — Lex. Deo Auct. §. 10. N. 89. c. 13.*

(k) *Savigny, Sist. 1. app. Donel. l. 1.° c. 10.*

una consuetudine locale contro una legge del principe o del popolo romano (l). Un tale risultato è possibile e viene dalla nostra speculazione quando decidiamo una quistione in astratto, ma non vale a conciliare quei due passi. Che le voci poi non *vilis auctoritas* ci facciano scorgere la consuetudine locale, è da dubitare fortemente; anzi le parole del legislatore *consuetudinis ususque longaevis* son troppo chiare e precise per non significare la vera consuetudine stabilita per comune consenso.

Altri guidati in parte dalle Basiliche (m) hanno rivolta la loro attenzione alle parole *desuetudo* e *consuetudo*; la desuetudine o il non uso può ben abrogare la legge non facendola applicare, ma non così una consuetudine contraria, specialmente quando la legge è già in vigore. Questa interpretazione, che, superficialmente considerata, può aver l'assenso di molti, fondata essendo sulle parole dei fonti, cade dopo un migliore esame delle parole medesime. E di vero, che sarebbe mai la desuetudine, se non il tacito consenso del popolo, come si esprime lo stesso Giuliano, che si manifesta negativamente rimpetto alla legge? Che sarebbe poi la consuetudine contraria, se non il medesimo tacito consenso del popolo che si esprime positivamente contro la legge, surrogandovi un'altra massima? La medesima desuetudine nel fatto con la sua forma negativa ammette anche un principio contrario alla legge, che è la medesima negazione; sicchè la distinzione che vorrebbero stabilire ci porta ad un giuoco di parole ed a null'altro. Lasciamo stare che lo stesso Giustiniano si esprimeva in modo da determinare chiaramente, che la consuetudine e non solamente la desuetudine (nel significato di quei giureconsulti) abroga la legge (n). Non è più felice delle precedenti la prova fatta dal *Puchta*, il quale generalmente ammette che il diritto consuetudinario abroga la legge; ma distingue il diritto di consuetudine dalla consuetudine, questa non è che la manifestazione esterna e la forma per mezzo della quale riconosciamo il primo, e può essere allora applicata, quando havvi il requisito necessario alla sua validità, ossia il generale e giuridico convincimento. Ecco il senso, secondo questo giurista, delle due leggi che sembrano contraddirsi: la legge 32 parla del diritto di consuetudine, mentre la legge 2 del Codice, della consuetudine, la quale, sebbene ha un lungo uso, pure manca di quel generale giuridico convincimento da potersi addimandare massima di diritto nel più stretto significato della parola (o). Questa interpretazione può sembrare sufficiente a prima giunta, tanto più che non si può contraddire alla teoria del giurista alemanno, e la distinzione, come abbiamo avvertito nel testo, è esatta; resta a sapere se veramente la legge 2 parla della consuetudine, e del diritto consuetudinario la legge 32. Egli è certo che le parole della legge 2 citata non ci danno punto questa facoltà, anzi vi è tutta la ragion di credere ch'essa parli del diritto consuetudinario; in effetti la consuetudine è la manifestazione esterna del diritto, dunque quante volte essa si manifesta ed è applicata per un uso lungo e continuato, in quella manifestazione esterna ravvisiamo il diritto consuetudinario: ossia nella consuetudine con l'interno requisito del comune convincimento esiste un principio di diritto in tutta la sua estensione.

Inutile riuscirebbe qualunque tentativo se non s'incominciasse da una interpre-

(l) *Thibaut*, Sistema §. 17.

(m) *Libr. II. l. 1. fr. 81.* presso *Heimbach*, l. p. 39. — *V. Faber*, *Ration. ad leg. 32.* cit

(n) §. 11. *Inst. ved. not. I.*

(o) *Puchta*, *op. c. P. I. p. 81. P. II. p. 116, ss. 199. ss. 213.*

lazione tutta grammaticale. Costantino si esprimeva con queste parole in fine, *ut rationem vincat aut legem*. Consideriamo il punto in cui la legge è abolita e riconosceremo due momenti, la legge che cade, il diritto di consuetudine che sorge. Il medesimo comune consenso che crea il principio del diritto consuetudinario, volendolo applicare, fa cadere la legge; cosicchè possiamo dire generalmente, che dal momento che sorge il primo, la seconda è caduta in disuso. Ora le parole di Costantino indicano un fatto tutto diverso, il *vincat* suppone un contrasto tra il principio giuridico consuetudinario e la legge, il primo che cerca di essere applicato invece dell'altra, mentre questa lo contrasta. Per la qual cosa Costantino colla legge 2 prevede il caso in cui una legge proibisca il sorgere di una consuetudine; nascendo adunque una consuetudine contro una legge che preventivamente la proibisce, il legislatore si è espresso così: la consuetudine ha certamente una non vile autorità, ma non tanto grande da vincere in opposizione la ragione e la legge che la proibisce.

Questa interpretazione è non solo più conforme al carattere giuridico del diritto di consuetudine, ma è ancora una delle tante opinioni dei Glossatori (p), nè sfuggiva del tutto all'acume giuridico del *Savigny*, specialmente quando interpreta le parole *consuetudo non vincit rationem* (q).

In quanto alla prova del diritto consuetudinario evvi anche un punto controverso, poichè mentre da una parte si afferma, doversi considerare il diritto consuetudinario come un fatto e per conseguenza poter le parti esser chiamate a provare l'esistenza di esso, dall'altra si sostiene, che avendo tutto il valore del diritto scritto, debba essere dal giudice applicato *ex officio*. Secondo il suo carattere questo diritto è perfettamente equiparato a quello scritto, avendo, come si è veduto, anche la forza di abrogarlo; dobbiamo adunque convenire che, il giudice deve applicarlo *ex officio*. Ma dall'altro lato questi non è obbligato a conoscere tutte le consuetudini del paese sottoposto alla sua giurisdizione, perciò in un caso pratico, in cui egli ignori la esistenza di una consuetudine, può invitare la parte, che lo allega per difesa delle sue ragioni, a provarne la esistenza (r).

§. 9.

III. Divisione del diritto in rapporto al suo carattere ed estensione.

La norma fondata sui principii generali di diritto (sia *ius* o *aequitas*) appellasi *ius comune* (a), e quindi una relazione dicesi per sè giuridica, quando da quella norma trae l'esser suo. Invece una regola può avere la sua origine in un estraneo elemento, e propriamente in un atto della potestà legislativa, che si giustifica *per utilitatem et necessitatem*, ed allora

(p) 1. glos. di Acc. in Dig. Vet. 1. c.

(q) *Sav. O. c. v. I. app. 3. p. 424. 425 — Vangerow. Manuale delle Pand. v. I. §. 16. nota, Marburgo 1851.*

(r) *L. 1. C. h. l. — N. 106. praef. — Puchta, O. c. p. 119. — Savigny. Sist. v. I. §. 23. p. 149. — Mühlendbruch, manuale, §. 39. Vangerow, op. c. I. c.*

(a) *L. 15. de vulg. et pup. subst. (28. 6). Papin. Centurio filiis, si intra quintum et viciesimum annum aetatis sine liberis vita decesserint, directo substituit; intra quatuordecim annos etiam propria bona filio substitutus iure comuni capiat.*

si ha il *ius singulare*; e perciò una relazione, che per sè non sarebbe giuridica, addiviene tale in forza di quell'atto (b) che, strettamente considerato, dicesi privilegio.

1) I privilegi si dividono in convenzionali, e non convenzionali o graziosi, ed in privilegi onerosi e gratuiti; ma questa distinzione si rapporta alla forma con cui si manifestano, non al loro fondamento giuridico.

2) Affine al privilegio è il diritto singolare nel più ampio significato della parola; cioè un diritto, il quale, benchè si fondi sopra una massima giuridica, pure per alcune circostanze fa eccezione al diritto comune. I privilegi tanto in senso lato, quanto in senso stretto vanno distinti in privilegi affermativi e negativi, in *privilegia personae, rei, et causae*.

§. 10.

IV. Dell' interpretazione della legge.

Vico, op. cit. cap. 82 a 83 — Hotomanni, Inreconsultus seu liber de optimo genere iuris interpretandi, Basil. 1559, Tom. 2. pag. 1067. Placcius, de inreconsulto perfecto, seu interpretatione legum, Hamburg. 1693 — Rapolla, de lure-consulto, sive de ratione discendi interpretandique iuris civilis, liber 2, Neap. 1726; Eckhardi, Hermeneutica iuris, Lips. 1750 — Conradi, Observationes iuris civilis Vol. 1. Marb. 1782 — Wittich, principia et subsidia Hermeneuticæ iuris, Götting. 1799 — Mailher de Chassat, traité de l'interprétation des lois, Paris 1822 — Thibaut, teoria dell'interpretazione logica del Diritto romano 1806 — Savigny, Sistema Vol. 1. §. 32 — 51.

1. L'attività che è diretta a scoprire la mente della legge o il vero pensiero del legislatore, e la ragione di essa è chiamata da noi interpretazione. Essa è legale o autentica, usuale e dottrinale; la prima viene data dalla potestà legislativa quando dichiara il pensiero del legislatore per vie legali. Effetto immediato di questa specie d'interpretazione è, che ha tutto il carattere, la forma, ed il valore di una nuova legge. L'usuale viene applicata ai casi pratici come una novella legge, senza avere però tutto il valore di questa, che nel solo caso speciale applicato, e senza che potesse essere obbligatoria per tutti, come è l'interpretazione legale propriamente detta. Questa interpretazione è detta usuale perchè nasce dagli usi dei Tribunali; essa è giustificata dall'obbligo, che hanno i giudici di applicare la legge e di non mai rifiutarsi, adducendo che la legge sia oscura o non provveda (a).

(b) L. 16. de legib: (1. 3). *Paul. Ius singulare est, quod contra tenorem rationis propter aliquam utilitatem auctoritate constituentium introductum est.*

(a) L. 2. C. de legibus (1. 14). — L. 12. h. t. *Iul. Non possunt omnes articuli singulatum legibus, aut senatusconsultis comprehendendi; sed quum in aliqua causa sententia eorum manifesta est, is, qui iurisdictioni preest, ad similia procedere atque ita ius dicere debet.*

L'interpretazione dottrinale è quella che cerca la vera legge, o il vero senso della medesima secondo le regole della scienza. Essa può avere un triplice scopo: costruire il testo della legge, ed allora prende il nome di *critica*; cavare il vero senso, il pensiero, e la mente del legislatore, ed allora chiamasi *interpretazione* nello stretto significato della parola; e finalmente applicare la legge ai casi simili, ed allora ha nome di *analogia*, o *interpretazione analogica*.

Quando l'attività si versa a rintracciare l'autenticità, ossia il testo legale, appellasi critica, la quale è di doppia specie, alta e bassa critica; la prima consiste nella ricerca della vera legge, l'altra è la costruzione della medesima colle sue parole. Intorno a ciò abbiamo le seguenti regole:

1) Se vi sono documenti legali ed autentici, non havvi bisogno di critica, e questo è il caso delle leggi nuove; ma se i documenti mancano, è dato al giudice la facoltà di servirsi di ogni mezzo per scovire il vero testo, e quindi la vera intenzione del legislatore: questo è il vero caso del Diritto romano, di cui non possediamo il testo autentico. Per conseguenza ne segue:

2) Che il giudice ha facoltà di scegliere quei manoscritti che più all'autenticità si avvicinano; questa specie d'interpretazione è chiamata *elettiva*: similmente egli potrà interpretare il suo manoscritto in tutta altra maniera che gli editori.

3) Il giudice potrà leggere il detto manoscritto con metodo tutto proprio, e tale specie d'interpretazione dicesi *critica congetturale*, ma solamente quando vi sia una stretta necessità: onde quanto più il manoscritto è antico, tanto meno va soggetto a questa specie di critica.

4) Da ultimo quando il giudice avrà conosciuto, che nessuno dei manoscritti è autentico, potrà scegliere quello che egli crede più utile, dichiarandolo nell'atto dell'applicazione. Quest'atto del magistrato è chiamato *modestia* (1).

II. La interpretazione nello stretto significato della parola tende a scoprire il vero pensiero del legislatore, ed è di due specie, grammaticale, e logica; la prima cerca scoprire il senso della legge ed il vero pensiero del legislatore per mezzo delle parole; laddove la interpretazione logica adopera tutti i mezzi, e non la sola scienza de' vocaboli (2).

1) Il principio messo innanzi in questa specie d'interpretazione, e di cui si è abusato nella legislazione giustinianea, è il così detto argomento *a contrario*, il quale consiste in ciò, che quando una norma vale per un caso determinato, per un tempo, per una circostanza, oltre quel caso, quel tempo, quella circostanza vale la massima contraria; p. e. quando il Pretore pronunziava in un'azione queste parole — *intra annum iudicium da-*

bo, eravi implicitamente il senso seguente, *post annum iudicium non dabo* (b).

2) La interpretazione grammaticale da sè sola non basta a costruire il pensiero del legislatore, quante volte il mezzo grammaticale non va di accordo colla logica.

3) Quando le parole ed il pensiero sono in accordo non vi potrà mai essere interpretazione di sorta alcuna. La legge ciò nondimeno può essere oscura per varie cause:

a) per imperfezione o per doppio senso; in questo caso decide la logica, quando la grammatica non può giungervi.

b) La legge può essere troppo angusta, onde la interpretazione deve andare al di là della legge, ed estendere a più casi non compresi in essa la massima ivi contenuta; onde interpretazione *estensiva* (c).

c) Al contrario il legislatore si è potuto esprimere molto più largamente di quel che pensava, per la qual cosa l'attività tende a restringere i casi annoverati nella legge, onde interpretazione *ristrettiva* (d).

4) In qualunque specie di legge è permessa l'interpretazione, essendo che in tutte le leggi devesi cercare di costruire il pensiero del legislatore, non escluse le specialità e i privilegi.

III. La interpretazione analogica sta nel sottomettere alla medesima legge casi simili, oppure estendere la legge a casi pei quali non era direttamente data.

1) La base di questa interpretazione è la seguente massima — *ubi eadem legis ratio, ibi eadem legis dispositio* (e).

2) Questa massima non si applica nel diritto singolare, in quelle leggi le quali son fatte *contra rationem iuris* — *quod contra rationem iuris receptum est, non est producendum ad consequentias* (f). Lo stesso si dica

(b) L. 18. de test. (22. 5.). *Paul.* Ex eo, quod prohibet lex Iulia de adulteriis testimonium dicere condemnatam mulierem, colligitur, etiam mulieres testimonii in indicio dicendi ius habere.

(c) L. 27. §. 13. ad L. A. (9. 2). *Ulp.* Inquit lex *ruperit*, rupisse verbum fere omnes veteres sic intellexerunt, *corruperit*. — L. 3. ad L. Pom. de par. (48. 9) — *Maro.* Sed sciendum est, lege Pompeia de consobris comprehendendi, sed non etiam eos pariter complecti, qui pari propioreve gradu sunt. Sed et novercae et sponsae personae omissae sunt, sententia tamen legis contineantur.

(d) L. 6. §. 2. de iur. patr. (37. 14). *Paul.* Quamvis nulla persona lege excipiat, tamen intelligendum est, de his legem sentire, qui liberos tollere possunt; itaque si castratum libertum iureiurando quis adegerit, dicendum est, non pueri patronum hac lege. — V. p. e. L. 11. de in ins. voc. (2. 4) — L. 8. §. 6. de trans. (2. 13) — L. 11. §. 2. de his qui. not. inf. (3. 2) — L. 40. pr. de her. pet. (3. 3) — L. 54. pr. man. (17. 1) — L. 2. §. 1. de enst. et exhib. (48. 3).

(e) L. 12. de leg. (1. 3).

(f) L. 11. h. t. — L. 141. pr. L. 162. de reg. iur. (50. 17) — L. 23. §. 3. de fideic. lib. (40. 5) — §. 6. l. de iur. natur. gen. et civ. (1. 2) — L. 32. §. 6. C. de appel. (7. 62) — N. 20. c. 9.

delle leggi corrette; imperocchè la estensione analogica data ad una legge viene giustificata dalle mancanze che sono in essa, qualora poi per la correzione non vi sono lacune, l'analogia non può essere giustificata.

3) Accanto alla massima — *ubi eadem legis ratio, ibi eadem legis dispositio*, si è collocato l'altro principio: *cessante legis ratione, cessat lex ipsa*, il che è erroneo, perchè la legge esiste non in forza della *ratio*, ma in forza della pubblicazione (g).

ANNOTAZIONI

(1) È inutile dichiarare che in questo luogo non intendiamo dare tutte le regole che concernono la interpretazione della legge, e specialmente poi quelle che riguardano il riconoscere il testo autentico. Il complesso di queste regole, perciò che spetta al diritto romano, è tanto importante e così esteso che forma un ramo e forse il più importante della scienza giuridica. Questo novello ramo di diritto è chiamato Ermeneutica, per cui si fanno raccomandare *Eckardi cit. Wittich. cit.* ed ultimamente *Clossio* — Ermeneutica del diritto romano ed introduzione al corso del diritto civile, Lips. 1831. Ciò non ostante non è fuori proposito raccomandare che s'osservino queste regole generali:

a) Nei manoscritti più antichi la punteggiatura o è affatto tralasciata, oppure è molto irregolare; il che spesso tramuta il significato, l'estensione, e non di rado il valore della legge. Così, verbigrazia, nella legge 44 *de donationibus inter virum et uxorem* (24. 1), dopo le parole *factae donationis* deve mettersi un punto, errore per altro tolto nelle più recenti edizioni del corpo del diritto; come ancora dopo la parola *scientia* dovrebbe sparire qualunque segno; nella L. 25 *de liber. leg.* (34. 3) dopo la parola *damnas esto non petere*, in vece del punto fermo, dovrebbe esser messo un punto interrogativo.

b) Non è raro trovare nei manoscritti lettere puntate e sigle, che sono state poi erroneamente sciolte: così per esempio in molti manoscritti P. R. è stato interpretato per *praetor*, mentre voleva significare *Populus Romanus* (h); la sigla IT, che può significare tanto *item* quanto *Institutus*, fu interpretata erroneamente presso Ulpiano, nel qual passo debbe leggersi *item* (i); così ancora nella legge 8. *pr. qui et a quib.* (40. 9) la sigla (FC. causa) fu per errore letta *fideicomissi causa*, in vece di *fraudatorum creditorum causa*; e finalmente la sigla presso Ulpiano R. V. deve leggersi *rei uxoriae* in luogo di *revera* (k).

c) Non di rado il testo è guasto, e per conseguenza oscuro, perchè alcune parole che dovrebbero esser divise sono unite, ed altre che dovrebbero andar unite trovansi divise, così, a mo' d'esempio, nella legge 48 de V. Ob. (45. 1) in luogo di *id eo*, che si trova in alcuni manoscritti, devesi emendare il testo leggendo solamente *ideo*; così nel frammento di Ulpiano VI. 13. in luogo di *quatriennio*, Ugo con più ragione vorrebbe leggere *quae triennio*.

(g) L. 33. de reg. iur. (50. 17).

(h) L. 7. §. 8. de iniur. (47. 10) — *Ulp. Fr. I. 7. XX. 16. XXIV. 28.*

(i) *Ulp. Fr. IV. 2. XX. 6.*

(k) *Ulp. Fr. V. 6. Conf.* le più antiche edizioni, specialmente l'edizione di Lugduno dei Frat. Sennetionios, e la più recente di Lipsia del fratelli Krieger I. c.

d) Finalmente non è difficile trovare le così dette parole geminate, e trasposizioni di lettere come nella L. 20. de evict. (21. 2) in luogo di *ut eo nomine* deve leggersi *tu eo nomine* (1).

(2) Non vogliamo intendere l'interpretazione logica in senso ristrettissimo come l'intende p. e. il *Savigny*, il quale propone quattro specie d'interpretazioni, ossia grammaticale, logica, sistematica e storica. L'interpretazione grammaticale avrebbe per oggetto la parola, la quale è il ponte tra il pensiero del legislatore ed il nostro; la logica, il nesso logico tra le varie parti d'una legge; la storica riguarderebbe lo stato del Diritto nel tempo in cui la legge fu pubblicata, e nel quale essa deve avere la ragione di esistere; finalmente l'elemento sistematico si riferirebbe al legame, col quale sono unite tutte le regole e gl'istituti di diritto nella grande unità, che si è presentata alla mente del legislatore nell'atto di formare e promulgare la legge. In sè stessa considerata la cosa, non è chi non veggia l'esattezza di questa teoria; ma nondimeno la logica interpretazione, o l'elemento logico dell'interpretazione è preso dal *Savigny* in un significato troppo ristretto; laddove noi prendendo la medesima interpretazione per tutti i mezzi intellettuali, e della scienza, accenniamo nel medesimo tempo a tutti e tre i suddetti elementi.

(3) Dicemmo che qualche volta si è abusato di questa specie d'argomentazione; e di vero, mentre in ogni legislazione l'argomento *a contrario* è norma certa dobbiamo guardarci di farne spesso uso nella legislazione giustiniana, sia perchè la maggior parte di questo codice colossale incorre facilmente nella casistica, specialmente se riguardiamo il numero grandissimo dei rescritti, sia perchè le dottrine dei giuristi sono spezzate e non presentano per sè stesse una unità; anzi qualche volta gli stessi compilatori staccarono interi passi dalla loro logica connessione. In altri termini, nell'interpretazione di ciascuna legge del diritto romano deesi por mente se sia più fondato l'argomento *a contrario*, oppure l'altra massima, *unius positio non est alterius exclusio*. In questo modo nella legislazione romana l'argomento *a contrario* corrisponde più alla logica, che all'elemento grammaticale dell'interpretazione. *Eckardi*, herm. iur. §. 201. 202.

(4) Oltre a queste regole generali bisogna che l'interprete abbia innanzi alla mente le seguenti:

a) In caso di dubbio deve adattarsi quel significato, il quale libera da errori la disposizione legislativa (m).

b) Tutte quelle disposizioni, le quali più o meno si scostano dal diritto comune stabilito, come diritti singolari e privilegi, sono da interpretare strettamente; lo stesso si dica delle leggi corrette (n).

c) Nel dubbio deve accettarsi la più equa, e la più mite disposizione (o).

(5) Nel caso che s'incontrasse contraddizione nella medesima legislazione giustiniana, il solerte interprete ha innanzi alla mente un altro problema a risolvere, cioè quale dei due passi, che si contraddicono, debba essere all'altro preferito? Egli

(1) Per gli altri casi V. *Eckardi*, o. c. §. 60. 11.

(m) *Const.* Tante §. 15. N. 138. e. 1.

(n) P. e. L. 35. pr. C. de inoff. test. (3. 28). *

(o) L. 18. de leg. (1. 3.). *Cels.* Benignas leges interpretandae sunt, quo voluntas earum conservetur.—L. 36. *Gaius.* Semper in dubiis benigniora praeferenda sunt.—90. *Paul.* In omnibus quidem, maxime tamen in iure, aequitas spectanda sit.—L. 153. §. 2. de reg. iur. (50. 17.); L. 42. de poen. (48. 19.).—L. 3. de his quae in test. (28. 4.).

è certo, che i quattro libri della legislazione di Giustiniano formano un tutto armonico, cosicchè bisogna considerarli come una sola e grande legge; se non che si può fare eccezione dell'ultimo, le *Novelle*, le quali erano determinate come singole leggi allo sviluppo graduato, ed all'emendazione del diritto; esse non sono state mai riunite in una collezione dallo stesso legislatore, da poterle considerare come le leggi del Codice, quali parti di una medesima e grande Legge. Se mai una contraddizione vi fosse tra le *Novelle* e gli altri libri della legislazione Giustiniana, non solo le *Novelle* debbono esser preferite agli altri tre libri, ma una *Novella* più recente dovrebbe esser preferita a quella che ha data più antica. Non si può dire lo stesso degli altri tre codici, i quali non ponno prendersi partitamente, poichè fanno parte essenziale d'una grande legislazione, e tutti e tre insieme sono da riguardare come una grande legge di Giustiniano. Da questo punto di vista è adunque impossibile l'idea di preferire il Codice alle *Pandette*, e queste alle *Istituzioni*. Molti hanno voluto fare un'altra eccezione per le *Istituzioni*, le quali dovrebbero esser preferite alle *Pandette* ed al Codice, essendo un'opera tutta del legislatore Giustiniano; altri vorrebbero invece, che fossero posposte, essendo null'altro che un ristretto delle *Pandette*. Più giusto sarebbe il considerare le *Istituzioni* come una sola costituzione di Giustiniano, collegandosi con le altre in una grande legislazione, e da questo aspetto non sono nè da preferire, nè da posporre alle altre parti. Con più apparenza di ragione altri han voluto vedere una preferenza del Codice sulle *Pandette* e sulle *Istituzioni* in caso di contraddizione: imperocchè il Codice fu pubblicato nel 529, laddove le *Pandette* e le *Istituzioni* un anno prima, e però il Codice deroga alle *Pandette* ed alle *Istituzioni* in quelle parti, che discordano da questo novello libro. Questa è ragione apparente, non vera, e di fatti l'ultimo Codice (*Codex repetitae praelectionis*) è stato ed è il compimento d'una sola legislazione, nella quale Giustiniano non suppone, nè accetta contraddizioni, ma la ritiene completa in ogni sua parte integrante. Però qualora s'incontrasse qualche contraddizione tra le diverse parti dei fonti, non bisogna mai perdere di mira, che le tre parti del sistema formano un tutto, come d'una grande legge, nella quale non s'ammettono contraddizioni (p), e, se discordanza mai vi fosse, non può essere che apparente; per la qual cosa l'armonia può e dev'essere ristabilita, tenendo sempre innanzi alla mente l'elemento storico e sistematico di quei determinati passi, che sembrano in contraddizione. Finalmente qualora anche paragonando le parti discordanti con le altre della legge medesima, oppure con altre leggi, la contraddizione nondimeno rimane, ed è impossibile conciliare quei passi, allora non resta altro che preferire quel passo, che meno contraddice allo spirito di tutto il sistema.

§. 11.

V. Del Diritto in rapporto al tempo.

Thibaut, Sist. not. d. — *Savigny*, Sist. del D. R. v. 8, §. 38. 2. ss.

Seguendo il diritto lo svolgimento della civiltà, avviene, che si danno di tempo in tempo occasioni, le quali dan motivo al cambiamento d'una legge (a). Circa l'applicazione della legge nuova introdotta ai rapporti

(p) L. 2. §. 13. C. de veter. iur. enucl. (1. 17.). — *Savigny*, Sist. V. I. §. 43. ss.

(a) L. 13. de legibus etc. (1. 3.).

giuridici, che non cambiano nello stesso momento della legge; questi si ponno riguardare sotto due aspetti, in quanto cioè all'acquisto dei diritti, ed in quanto alla loro esistenza.

I. Nel primo caso si trova perfettamente fondato il principio— *la nuova legge non può turbare diritti legalmente acquistati*; ovvero: *la legge non dispone che per l'avvenire* (b). Non bisogna però confondere l'acquisto dei diritti 1) colla potenza di acquistarli, 2) colla speranza, 3) finalmente coll'esercizio dei diritti stessi. Volendo applicare questo principio ai principali istituti giuridici si ha:

1) In quanto allo stato della persona possiamo avere due punti; o si riguardano gli atti impresi sotto la legge anteriore, ed allora si applica il principio esposto innanzi; o si riguarda lo stato stesso della persona, come la maggioranza o minorità, ed il principio stabilito non può avere applicazione (1).

2) Pienamente viene applicato nel diritto sulle cose, specialmente quando concerne l'acquisto del diritto medesimo; soffre modificazione in quanto agli effetti, ed in quanto all'estensione determinata dalla nuova legge.

3) Tutte le relazioni di successione si possono ordinare a questa guisa. Sulla successione testamentaria abbiamo le seguenti regole: la nuova legge può riguardare l'idoneità del testatore, il contenuto dell'atto, la persona dell'erede. In quanto al primo punto, se la legge nuova riguarda la idoneità del testatore, non avrà nessuna efficacia su lui, per la qual cosa il punto di partenza per la sua idoneità è la data del testamento. Non così quando la legge nuova versa sulla sostanza dell'atto medesimo; imperciocchè il testamento, come atto di trasmissione della personalità del defunto, non è possibile prima della morte del testatore; onde il punto di partenza, per l'applicazione della legge nuova, è in questo caso l'ultimo momento della vita del testatore (2). In riguardo al terzo punto o alla persona dell'erede, abbiamo, che, secondo il diritto romano, l'istituzione dell'erede corrisponde esattamente a tre punti compresi nel testamento: in effetto essa è parte della *testamenti factio*, del contenuto del testamento, come requisito necessario alla esistenza del medesimo, e dell'acquisto dell'eredità: è per conseguenza da conchiudere, che la nuova legge, la quale rende inidoneo un erede, capace sotto l'imperio della legge antica, è certamente applicabile quando vien pubblicata prima dell'acquisto dell'eredità (c).

(b) L. 7. C. de leg. (1. 14.). *Theod. Leges et constitutiones futuris certum est dare formam negotiis, non ad facta praeterita revocari, nisi nominatim et de praeterito tempore, et adhuc perdentibus negotiis cautum sit.*

(c) *Savigny*, op. c. v. 8. §. 391. — *Vangerow*, manuale delle Pandette, v. I. §. 26. n. 3. a. Marburg 1854.

Per l'eredità *ab intestato* il punto fisso è la delazione dell'eredità; quando la legge nuova è pubblicata prima della delazione di essa, questa s'appre secondo la legge nuova, se dopo, va sotto l'imperio della legge antica (3).

4) Nella teoria dei contratti non v'ha difficoltà di ritenere essere applicabile la legge, che vigea quando il contratto fu perfetto: e tutto ciò vale sia in vantaggio, sia in pregiudizio dell'atto conchiuso (4). Similmente è da giudicare del matrimonio, considerato come atto, che cade sotto l'imperio della legge vigente al tempo della sua celebrazione; non è però lo stesso qualora si considerano le conseguenze d'un matrimonio, comè sarebbe, verbigrazia, lo scioglimento di esso, la dote della moglie, o le donazioni tra' coniugi. In quanto allo scioglimento il principio di sopra stabilito non può avere applicazione, trattandosi non dell'acquisto d'un diritto, ma dell'esistenza o non esistenza d'un istituto giuridico; cosicchè, abolito il divorzio con una nuova legge, questa sarà applicabile a quei matrimoni conchiusi sotto l'imperio della legge antica, che lo permetteva.

La data della celebrazione del matrimonio non potrà essere il punto di partenza pei diritti sul patrimonio dotale; la dote, essendo un istituto a sè, fissa il tempo della sua costituzione secondo la legge allora vigente nel domicilio del marito.

5) La teoria della retroattività offre una difficoltà alquanto rilevante nella prescrizione; e, per far semplici le quistioni che sorgere ponno in questa teoria, è mestieri fermar l'attenzione sopra tre casi: 1) È possibile che la nuova legge sia pubblicata dopo compiuta la prescrizione, ed allora, agevolmente s'intende, essa non avrà nessun potere sulla prescrizione già compiuta, anche se allungasse il tempo stabilito dall'antica. 2) Facile è pure il caso quando la prescrizione comincia sotto l'imperio della legge nuova, perocchè allora questa sarà certamente applicabile. 3) Finalmente è possibile che la nuova legge sia pubblicata mentre corre la prescrizione, e che ne accorci il tempo; qui nasce la difficoltà se debbasi applicare la legge nuova o l'antica; più ragionevole sarebbe applicarle entrambe, l'antica pel tempo scorso, la nuova pel tempo seguente (5).

II. Il principio stabilito che la legge non ha effetto retroattivo non è applicabile:

1) quando la nuova legge abolisce una relazione giuridica o un istituto, allora la legge avrà senza dubbio effetto retroattivo;

2) quando la retroazione è prescritta dalla medesima legge, e sarà applicabile ai casi sorti sotto l'imperio dell'antica; ma non certo ai casi passati in causa giudicata, e pendenti nei tribunali di appello (d);

(d) L. 2. §. 23. C. de vet. iur. enuel. (1. 17.). — L. 22. §. 1. C. de ss. Eccles. (1. 2.). *Iust. Quae oportet non solum in casibus quod futurum tempus creaverit, sed etiam in adhuc pen-*

3) quando la legge è emanata sotto forma di legale interpretazione; perchè allora si suppone che la legge antica conteneva implicitamente la dichiarazione della novella, e che qualunque disposizione contraria nasce da un errore di diritto (e).

ANNOTAZIONI

(1) È questo un punto molto controverso nelle scuole di diritto. Volendo mettere questo principio in un caso pratico si domanderebbe: se la legge nuova prescrive un tempo più lungo per la età legale, sarebbe questa applicabile a coloro i quali compiono già la detta età sotto la legge antica? Ovvero: colui il quale, mentre è in vigore p. e. il diritto italiano compie l'età di 21 anni, deve poi esser considerato novellamente minore, quando, prima ch'egli compisse il 25 anno, al diritto italiano venisse surrogato il diritto romano, che prescrive ai 25 anni l'età legale?

La maggior parte degli scrittori alemanni han risposto negativamente e tra gli altri, il più profondo tra essi, *Carlo di Savigny*, il quale nella sua memorabile opera del Sistema del diritto romano ne tratta in uno speciale paragrafo (f). Egli divide tutta la teoria della retroattività delle leggi nei due principii, che noi abbiamo già accettati, cioè dell'acquisto e della esistenza del diritto; ed è certo che per acquisto di diritti s'intende parlare di negozii giuridici, ch'egli non cessa di rammentare ad ogni occasione (g), ovvero di quegli atti, che, come direbbe lo *Zachariae*, sono fondati sulla volontà formale o presunta d'una persona (h).

Ora è chiaro che lo stato della persona non può esser considerato come un diritto legalmente acquistato, non essendo un atto fondato sulla propria volontà formale o presunta. Che un contratto fatto dalla persona di 21 anni sotto l'imperio della legge italiana debba esser considerato come atto di maggiorenne, anche quando venga introdotto il diritto romano, è evidentemente certo; ma che un atto fatto dal medesimo giovane prima d'aver compiuta l'età di 25 anni, e dopo che è stata introdotta la legge nuova, debba esser considerato come atto di minorenne non è men certo; imperocchè l'essere minore o maggiore non è un atto, che sta nella volontà formale o presunta della persona, ma che ha sua ragion d'essere solamente nella disposizione della legge già abrogata dalla novella; in altri termini qui si tratta piuttosto dell'esistenza del diritto. È vero per altro che al dotto giurista non poteva nascondersi questa verità, ed egli stesso è costretto a confessare che lo stato della persona in sè, e la maggior parte delle manifestazioni in rapporto allo stato, son di natura così astratta, che non ponno esser riguardati come diritti acquistati; ma tenta di spiegare la sua teoria per mezzo di eccezioni, e specialmente in quanto all'età;

dentibus et iudiciali terminis vel amicali compositione necdum sopitis obtinere.—L. un. in fin. C. de contr. iudic. (1. 53.). *Iust. Quae etiam ad praeterita negotia referri sancimus, nisi transactionibus vel iudicationibus sopita sint.*—L. 17. C. de fide. instr. (4. 21.).—L. 15. §. 5. C. de leg. heredib. (6. 58.). — N. 19. pr. c. 1. — N. 115. pr. e c. 1. — L. 21. C. ad S. C. Vellei. (4. 29.). — L. 3. C. §. 1. de quatr. praeser. (7. 37.). — L. 3. C. de pac. pign. (8. 35.).

(e) N. 19. praef. — N. 143. in fin.

(f) *Savigny*, op. c. v. 8. §. 389.

(g) *Savigny*, op. c. v. 8. §. 388.

(h) *Zachariae*, diritto civile Francese, v. 1. §. 30. Napoli 1847.

sicchè appena giunto alla maggioranza sotto l'imperio dell'antica legge, deve l'individuo esser considerato come maggiore, anche se un mese dopo la legge allunghi il tempo dell'età legale. Però aggiunge il *Savigny*: la facoltà che si dà al minore per decisione dell'imperatore (*venia aetatis*) non debbe esser negata a colui, il quale, prima che fosse pubblicata la novella legge, compì la età legale. Che la *venia aetatis* sia da paragonare a questo caso, non sembra, essendochè quella avea tutto il carattere d'un privilegio, e di privilegio non deve parlarsi, quando si tratta di principii e conseguenze di diritto comune. In fine il nostro giurista per avvalorare la sua teorica asserisce, che le legislazioni moderne si sieno determinate secondo la sua opinione, e per conferma allega un articolo del Codice prussiano, il quale su questo oggetto stabilisce: « La maggiore età entra ai 24 anni compiuti per quelle persone, le quali prima del 15 gennaio 1815 non l'avevano compiuta secondo le leggi finora vigenti ». In questi termini egli è ben naturale che colui, il quale aveva già compiuta l'età legale, debba esser considerato sempre come maggiore, non per conseguenza della dottrina del *Savigny*, ma perchè la legge lo ha espressamente dichiarato; crediamo che sarebbe stato altrimenti, se il Codice prussiano avesse detto in questo modo: « Dal 15 gennaio 1815 la età legale entra dal 24.^o anno compiuto »; anzi la nostra opinione è tanto più vera, che il legislatore prussiano, affinchè la legge avesse la conseguenza che vorrebbe il *Savigny*, l'ha dovuto espressamente dichiarare, senza della quale dichiarazione l'effetto sarebbe stato certamente diverso. L'eccezione adunque del *Savigny* in questa materia non è fondata, vieppiù se consideriamo un po' più addentro lo stato della persona nell'intero sistema del diritto.

In diritto le eccezioni o raramente s'ammettono, o ci vengono tassativamente determinate dal legislatore (e questo ci sembra il caso dell'articolo del Codice prussiano, addotto per prova dal *Savigny*); esse portano sempre l'impronta di principii, i quali più o meno s'allontanano dal diritto comune, ed hanno il carattere, o d'un bene pubblico, o dell'equità, che tende a moderare il rigorismo del diritto civile. Applicando queste idee alla nostra questione, l'eccezione messa dal *Savigny* in riguardo al principio della non retroazione sullo stato dell'età della persona, non è in verun modo giustificata. Innanzi tratto notiamo il suo principio, che lo stato della persona in sè non può esser riguardato come diritto legalmente acquistato; l'eccezione poi a questo principio, che è il punto di leva della sua dottrina non ci viene in nessun modo determinata dalle leggi; onde ci conviene stare alla teoria comune sullo stato della persona considerato in sè stesso. Parrebbe a prima vista che il principio di equità possa essere la chiave della dottrina del dotto giurista; imperocchè, si dice, non è forse ingiusto o poco equo, il considerare il già maggiore sotto l'antica legge, minore sotto la nuova, e farlo dipendere dalla volontà d'un terzo, quando la legge gli aveva già concesso la padronanza di sè stesso? Se da una parte la minorità è uno stato di dipendenza, è dall'altra parte privilegiata, essendochè la legge in favore de'minori prende molte disposizioni, le quali più o meno si discostano dal diritto comune; valga per tutte la restituzione in intero. Tutte queste disposizioni vengono giustificate dal principio, che la legge supplisce alla immaturità di consiglio del minore; onde questi ha diritto ad una maggiore tutela della legge in suo favore. Ora una legge nuova (che in fine non è certamente l'arbitrario d'uno o più legislatori, ma il sentimento comune giuridico), la quale rimanda ad un tempo posteriore il compimento dell'età legale, manifesta il comune convincimento che le persone, non ancora giunte a quella età, non sieno affatto capaci a regolare i pro-

prii affari, e però degne di maggior tutela. Non è adunque più equo di concedere tutti quei beneficii dati ai minori anche a quella classe di persone, le quali, sebbene avessero compito l'età secondo la legge antica, pure dal sentimento comune giuridico, espresso per mezzo della legge, non sono state ancora credute di matura capacità? Altrimenti, invece di conceder loro un diritto, verremmo a negar un patrocinio, il quale secondo la legge nuova non può essere negato all'uomo minore di 25 anni.

La moderna giurisprudenza si è dichiarata per la nostra opinione, e non solo molti autori di Diritto francese, ma arresti di Corte di Cassazione hanno determinato, che gli atti fatti dal minore, mentre era considerato maggiorenne dalla legge antica, debbono esser ritenuti validi dalla nuova; laddove quelli che questa persona intraprenderà prima di giungere all'età legale stabilita dalla legge nuova, debbono esser considerati atti di minorenni; o altrimenti, secondo la teoria comune, vanno soggetti all'impero della novella legge.

(2) Questa triplice distinzione è stata da noi fatta nel senso più ristretto della parola, ed avendo presenti le parti integrali del testamento. E, parlando della *testamenti factio activa*, volemmo intendere l'idoneità del subbietto unicamente in riguardo alle sue qualità fisiche e personali. Ora bisogna far notare che la persona del subbietto potrà trovarsi in rapporto con lo stesso contenuto del testamento, ed allora sonvi due punti essenziali, la personalità, ed il contenuto dell'atto, uno dall'altro inseparabile. In breve, l'espressione dei Romani, *testamenti factio activa*, bisogna che si prenda in doppio significato; primieramente circa le qualità fisiche della persona, come l'esser pubere od impubere, mentecatto o di sana mente; in secondo luogo, riguardo ai giuridici rapporti, come al diritto di disporre; in questo ultimo significato non hanno la *testamenti factio* i peregrini, che in questo caso suona *commercium*. Similmente l'idoneità del testatore è in atinenza col contenuto stesso del testamento, ossia colla sostanza dell'ultima disposizione; sicchè da questo lato non hanno facoltà di far testamento il figlio di famiglia (quantunque questi, in quanto alle sue personali qualità, ha la *testamenti factio* nel primo significato), ed il Latino Giuniano (h). Egli è chiaro che in questo caso essendo la facoltà del subbietto congiunta all'essere del contenuto, debbesi avere un doppio punto di partenza; il tempo cioè della compilazione del testamento, e la morte del testatore, senza che potesse nuocere lo stato intermedio.

Quando poi il contenuto del testamento non è per nulla in relazione colla capacità del subbietto, sono da considerare principalmente quelle parti dell'atto di ultima volontà, le quali hanno un carattere tutto sostanziale e positivo, come sarebbe la porzione legittima, la quale viene in ogni caso computata sull'asse ereditario alla morte del testatore (i), come le relazioni materiali dell'erede in rapporto alla persona del legatario in ciò che riguarda le restrizioni della legge Falcidia; oppure quelle che hanno una importanza meramente giuridica, e che decidono della validità o non validità dell'atto, e di questo carattere sono i diritti d'un *suus* o del *postumo*; per tali cose il punto di partenza è la morte del testatore. Ma in queste non

(h) *Ulp. fragm.* XX. 2. 4. 5. 6. 8. 10. 14. — *Gai.*, inst. II. §. 147. L. 1. §. 8. de bon. poss. sec. tab. (37. 41). — *Savigny*, op. c. §. 393.

(i) §. 2. Inst. de L. Fal. (2. 22). *Quantitas autem patrimonii, ad quam ratio legis Falcidia redigitur, mortis tempore spectatur.* — L. 73 pr. ad L. Falc. (35. 2). — *Gai.* In quantitate patrimonii exquirenda visum est, mortis tempus spectari. — *Savigny*, l. c. *Zacchariae*, l. c.

vanno comprese le parti veramente formali ed esterne, le quali anche decidono della validità dell'atto, e sono indipendenti dalle relazioni personali del subbietto, ma che non fanno parte del contenuto dell'atto medesimo: vanno in questa classe le forme esterne del testamento, le quali debbono aver per punto fisso, non la morte del testatore, ma bensì il tempo della compilazione dell'atto.

(3) Si è voluto negare esser la delazione dell'eredità il punto determinato per l'applicazione della legge nuova, cosicchè, secondo alcuni, se l'eredità è deferita, ma non acquistata, la legge nuova dovrebbe aver tutta la sua forza, non essendo la delazione un diritto bene acquistato. Bisogna rifiutare una tale opinione, perchè la delazione non è uno di quegli atti, che dà solamente una speranza di diritto, od una possibilità in astratto, ma è un diritto concreto, che dà ad una determinata persona la qualità di erede, un nesso reale con la eredità, e, come tale, è un diritto acquistato.

(4) Il principio della non retroazione s'intende applicato alle relazioni d'obbligazione nel modo più esteso, ossia non solamente riguardo alla idoneità del subbietto, ma ancora riguardo al contenuto dell'atto ed alla sua forma esterna. Non v'ha differente principio per quelle obbligazioni, che pendono da condizioni, che poscia si compiono sotto l'impero della novella legge; imperocchè avendo la condizione forza retroattiva, l'atto è considerato valido dal momento della sua compilazione, come se fosse stato fatto senza condizione. Diverso però è quando la legge nuova proibisce una condizione valida sotto l'antica, ed in questo caso, perchè la condizione che dovrebbe adempirsi è resa impossibile dalla legge, il contratto è nullo per condizione deficiente.

(5) In gravi incoerenze s'incorrerebbe, quando si dovesse in questo caso procedere con metodo esclusivo. Volendo applicare la legge antica, potrebbesi avere l'assurda conseguenza, che un possessore dovrebbe molto più lungamente possedere, che se avesse incominciato il suo possesso dalla pubblicazione della novella legge. Dato che la legge antica determinasse il tempo di 30 anni per compiere la prescrizione, ed un individuo avesse già fatto nove anni prima di publicarsi la legge nuova, che accorcia il tempo a 10 anni, se si volesse applicare la legge antica, quella persona dovrebbe possedere altri 22 anni per compiere la prescrizione, mentre avrebbe prescritto in dieci anni se avesse cominciato il possesso con la legge nuova. Nè minore è la difficoltà e l'incoerenza se si volesse applicare la legge nuova; imperocchè nel caso precitato si avrebbe, che, avendo la persona posseduto per 9 anni, compirebbe la prescrizione un anno dopo publicata la novella legge, ed in questo modo si pregiudicherebbe il diritto del proprietario, il quale mentre aveva un lungo tempo per far uso della *rei vindictio*, in un momento perde questo importante diritto. Sarebbe adunque più equo, secondo il *Bergmann*, d'applicarle entrambe con una proporzione, p. e. dato che la legge antica determinasse il tempo di 10 anni per compiere la prescrizione, e la legge nuova riducesse a 5 anni il tempo per prescrivere, se un individuo avesse posseduto 5 anni prima di publicarsi la legge nuova, secondo il principio di *Bergmann* dovendosi applicare la legge antica pel tempo già corso, nel nostro caso si computerebbe la metà del tempo; egli adunque dovrebbe possedere un'altra metà, che venendo computata secondo la legge nuova, sarebbero altri 2 anni e $\frac{1}{2}$. Questo principio è contrastato dal *Savigny* (k)

(k) *Savigny*, op. cit. §. 391.

come arbitrario e non pratico; ma lo stesso si può dire del suo, il quale mette all'arbitrio del possessore, se vuol compiere la prescrizione secondo la legge antica o secondo la nuova; nel primo caso egli dovrebbe compiere la prescrizione secondo quella legge; se poi sceglie la nuova, dovrebbe incominciare a possedere dalla pubblicazione di essa, non venendogli computato il tempo anteriormente posseduto. Secondo questo principio resterebbero tutte le accennate difficoltà.

§. 12.

Abolizione della legge.

1) Una legge può perdere il suo valore quando essa stessa stabilisce il tempo della sua durata; appena giunge il tempo stabilito, cessa la legge.

2) Quando l'obbietto della legge più non esiste; sebbene è comune opinione che la sua efficacia è solamente sospesa; imperocchè se l'obbietto ricomparisse, la legge avrebbe novellamente la sua efficacia.

3) Una legge può perdere il suo potere, quando è abrogata da un'altra posteriore; a questo proposito i Romani si servivano di tre espressioni: *abrogare*, quando una legge nuova subentra all'antica; *derogare*, quando una parte della legge è cessata, e *surrogare*, quando aggiungevasi qualche cosa all'antica (a). Quando la legge anteriore ha la clausola, che non potrà essere abolita da un'altra, pure, non ostante la clausola, una nuova legge abroga la prima, salvo però in caso di diritto consuetudinario, il quale non ha tanta autorità da vincere una legge, che ne proibisca il sorgere (b). Quando un principio di legge viene abolito, se ne aboliscono anche le conseguenze.

4) Cadendo la condizione necessaria, cade la legge; ma ciò non confondasi colla massima *cessante legis ratione, cessat lex ipsa*.

5) La legge posteriore generale non deroga all'antecedente speciale.

APPENDICE I.^a

Il *ius scriptum* cioè il diritto sancito e promulgato, prende varie appellazioni secondo le sorgenti da cui deriva; e così denominasi:

Leges, Plebiscita, Senatus-consulta, Edicta Magistratuum, Responsa Prudentum, Constitutiones Principum.

1. *Leges — Plebiscita* — Il potere legislativo stava propriamente nel popolo romano, il quale lo esercitava ne' comizii centuriati o *comitatus maximus*, cioè nell'adunanza dei cittadini romani, patrizii e plebei, divisi in centurie dalla riforma di

(a) L. 102. de V. S. (50. 16). *Modest.* Derogatur legi, aut abrogatur; *derogatur legi, quum pars detrahitur, abrogatur legi, quum prorsus tollitur.*

(b) v. *l. ann.* §. 8. *ann.* 2. pag. 23.

Servio Tullio. Le deliberazioni prese in cotale assemblea furon dette *leges*, perchè fatte coll' intervento di tutte le classi dei cittadini. Ma poichè questo modo di far le leggi, per vizio intimo della costituzione romana, non garentiva in tutto i diritti dei plebei, questi dopo la *secessio* al Monte Sacro ottennero un magistrato proprio, detto Tribuno della plebe, ed il diritto di adunarsi ne' Comizii tributi; così la plebe acquistò di fatto il potere legislativo, che prima aveva solo di nome. Le deliberazioni prese nei comizii tributi (*Plebiscita*) non ebbero per sè vigore di leggi, se non dopo il 415 per mezzo delle leggi *Pubiliae*, e più tardi per la *lex Hortentia* nel 467; d'allora esse furono obbligatorie per tutto il popolo romano, e la distinzione tra *leges* e *plebiscita* non restò che di nome.

Le deliberazioni legislative in entrambi i comizii si facevano dopo la proposta d'un magistrato superiore, del tribuno, se tributi, del console o altro magistrato superiore, se trattavasi di centuriati. La proposta della legge era fatta nota (*promulgatio legis*) al popolo fin dal momento della convocazione; il che facevasi per lo più nei tre precedenti giorni di mercato. Convocato il popolo, il magistrato, che faceva la proposta, lo interrogava (*rogatio legis*) colla formola solenne: *Velitis iubeatis hoc, Quirites, rogo*, ed a sostegno di essa usava pronunziare un'orazione. Quindi, dopo il dibattimento dei *suasores* e dei *dissuasores legis*, si cominciava la votazione, ed il popolo alla parola *discedite*, si spartiva nelle varie tribù per rispondere alla *rogatio* colle parole *uti rogas*, se vi acconsentiva, o colla parola *antiquo*, se no. La legge era presentata al popolo in termini generali; la compilazione, come dicesi, di essa era affidata al magistrato, al quale non mancava mai l'opera degl' intelligenti della materia.

Le leggi (compresi anche i plebisciti) erano *perfectae, imperfectae et minus quam perfectae*, secondochè avevano la *sanctio legis*, che dichiarava nullo ogni atto contrario alla legge, o non l'aveano per nulla, o l'aveano in parte, cioè non sancivano nullo l'atto contrario, ma determinavano una pena. Le leggi prendevano nome da coloro che avevano fatto la proposta, coll'indicazione talvolta della materia trattata, così *Lex Sempronia — Aquilia — Lex Iulia de cessione bonorum: ecc.*

II. *Senatus-consulta*—Il senato non avea potere legislativo, come il popolo, ma solo amministrativo e consultivo, ed il suo ufficio rispetto alle leggi era di proporle, sostenerle (*auctores fieri*), e dare il suo assenso o diniego dopo che erano state votate dal popolo. Col tempo nondimeno il Senato cominciò a mandar fuori deliberazioni di per sè senza appellarsi al popolo, queste deliberazioni dette *Senatus-consulta* non avevano propriamente vigore legislativo, ma l'ottennero per l'autorità che avea il Senato, e per consuetudine. Nel terzo periodo il Senato ebbe davvero potere di far leggi indipendente dal popolo; ma poichè era preseduto dall'imperatore, le sue deliberazioni venivano da lui promosse per mezzo di un' *Oratio*. Tale potere fu apparente, e sparve del tutto sotto Settimio Severo, e Caracalla. I senaticonsulti prendevano nome dal console o dalla materia che trattavano; così p. e. SC. Trebelliano, *de Bacchanalibus*; o da colui che ne diede l'occasione come SC. Macedoniano.

III. *Edicta magistratum* — La magistratura romana era così organizzata, che ampio potere concedevasi al magistrato nell'esercizio delle sue funzioni; il che era leva potente di progresso specialmente per l'amministrazione della giustizia. Questo potere, dapprima alquanto limitato, allorchè il sistema processuale delle *legis actiones* era vigente, si estese poscia di gran lunga per mezzo della legge Ebuza, che

introdusse la procedura formolaria. I Pretori, dovendo dare le formole per ogni azione, ebbero così il potente mezzo di mettere innanzi nuovi principii e novelle regole senza ingenerare confusione e derogare all'antica legislazione. In fatti queste regole e principii di diritto introdotti non avevano altra forza, che quella che loro dava l'autorità pretoria, nè valevano legalmente appo gli altri magistrati: onde, restando saldo il diritto civile, venivasi gradatamente a provvedere a'bisogni del popolo. Così sorgeva il *ius praetorium*, opposto al *ius civile* non solo per la forma, ma per la sostanza. Il Pretore, nell'esercizio delle sue giurisdizioni fattosi mediatore tra la legge e il popolo, non faceva che seguire il comune convincimento, e quindi conformavasi quasi sempre ai dettami della *naturalis ratio*, e alla coscienza giuridica del popolo romano. Quest' autorità rappresenta veramente il principio dialettico, che accordava i contrarii; imperocchè la civiltà romana svolgevasi tra lo spirito d' individualismo, e quello più vasto della sua politica, e della sua missione conquistatrice ed incivilitrice; e l'idea del diritto che esplicavasi colla civiltà tra questi opposti, trovò il principio conciliativo nell'autorità del Pretore. Quindi vediamo sorgere, accanto al *Praetor urbanus*, il *Praetor Peregrinus*, che ispirandosi agli stessi principii opera l'unità del mondo romano e nella civiltà e nel diritto.

Per portare queste innovazioni i Pretori non aspettavano che si porgessero speciali casi, ma fin dal principio della loro carica edicevano i nuovi principii e le novelle massime giuridiche col pubblicarle affigendole nel foro in un editto, che stabiliva il criterio con che il diritto dovea esser compreso ed applicato. Ciò era doppiamente utile, e ai cittadini che conoscevano la maniera come dovevano esser giudicati, ed ai Pretori, perchè questi così toglievano via ogni apparenza di parzialità. Gli editti pubblicati al primo entrare in ufficio, perchè servissero di norma al Pretore durante l'anno della giurisdizione, vennero appellati *edicta perpetua*, in opposizione a quelli emessi per casi speciali, chiamati *edicta repentina*; i primi, trasmessi ed accettati per lungo tempo dai Pretori successivi, addivennero tradizionali e presero il nome di *edicta translaticia*. Così si dischiuse questa novella fonte di diritto, e quantunque le massime di un editto non avessero vigore di legge, nè valessero che per un anno, pure la loro conservazione e successiva ripetizione dette loro il carattere di ferme regole giuridiche. Tale sorgente di diritto, nata nel secondo periodo, durò molto tempo ancora nel terzo, e sotto Adriano fu fatta un'accurata ed ordinata raccolta degli editti, la quale ebbe nome di *edictum perpetuum*, o di *Salvio Giuliano* che ne fu l'autore.

IV. *Responsa prudentum* — Chiamavansi *prudentes*, *periti*, *iuris-consulti*, tutti coloro che attendevano precipuamente alla conoscenza ed all'applicazione del diritto. L'ufficio del giureconsulto dapprima era concesso esclusivamente ai patrizii, essendo il *ius civile* dipendente dal *ius sacrum*, che regolava ogni faccenda pubblica e privata, determinando i giorni in cui gli affari doveano esser trattati. Nondimeno nel V secolo Gneo Flavio segretario di Appio Claudio, essendo edile, pubblicò i *fasti*, fino allora tenuti segreti dai patrizii, cioè la lista di tutt' i giorni, ne' quali era lecito o vietato di eseguire atti in giudizio. Questo fu il momento da cui cominciò il diritto ad essere elaborato da tutti, e già il primo lavoro fu quello dello stesso Flavio, che raccolse tutte le formole solenni, sia per le azioni della legge (*legis actiones*), sia per gli affari giuridici in generale; questo lavoro fu nominato dal suo autore *ius Flavianum*. Da questo punto storico si vien formando in Roma un ceto speciale di cittadini, l'occupazione de' quali era la scienza del diritto e la sua applica-

zione alla vita reale; di fatti Tiberio Caruncanio, primo Pontefice Massimo di condizione plebea, esercitò primo l'ufficio di giureconsulto, fino allora tenuto da que' patrizii, che avevano alti gradi e di famiglia e di autorità nello Stato. Dapprima, come avviene nella fanciullezza d'ogni scienza, la giureprudenza cominciò dal prescrivere pratiche regole sulla maniera di trattare gli affari, e di questa specie era l'opera di G. Flavio; ma non andò guari che i lavori sul diritto, ormai fatto patrimonio comune, acquistassero un maggior sistema di scienza; ed in vero un secolo dopo venne pubblicato da Elio un altro lavoro molto più importante, conosciuto perciò col nome di *ius civile Aelianum*; imperciocchè esso era diviso in tre parti, leggi delle XII Tavole, interpretazione, e *legis actiones*; e così per indicare le formole delle *legis actiones* bisognava trattare le altre materie di diritto: verso la fine della Repubblica troviamo nomi, che furon celebri nei fasti della romana giureprudenza, come quei di Cicerone, di Mucio, di Bruto, di Manlio, ecc.

Secondo espone Cicerone, l'ufficio del giureconsulto consisteva in *respondere*, *cavere*, *agere*, *scribere* (a). Consiste il *respondere* nel dare il proprio parere o consiglio nelle quistioni di diritto, o applicarlo al caso pratico. Il giudizio o responso che davasi a richiesta della parte innanzi al giudice, non legava quest'ultimo, ch'era sempre libero d'attenersi, o di rifiutarlo. Il *cavere* stava nel determinare il modo e la forma d'esercitare legalmente un diritto, e condurre un affare con avvedutezza e con tutta la sicurtà possibile. Stava l'*agere* nel prendere parte attiva al processo, vegliando l'esecuzione del proprio consiglio, e sostenendo gli oratori del cliente; da ultimo il far mettere in iscritto da' loro scribi i negozii giuridici, era l'ultima occupazione dei *prudentes*; e quest'ufficio propriamente legava la legge scritta agli usi della vita reale. Nel terzo periodo ne crebbe di molto la importanza, dappoichè Augusto, che sentì la necessità d'innestare nel suo potere questo ramo d'attività giuridica, conferì a' più illustri tra' *prudentes* l'autorità del *ius respondendi*, e diede per conseguenza ai responsi quella forza legislativa, ch'era data al solo principe. Il giudice fu quindi obbligato d'attenersi forzatamente ai responsi, specialmente quando i giuristi erano unanimi di parere (*sententiae*), solamente in caso di controversia gli si dava la facoltà di appigliarsi alla più giusta ed alla più equa delle opinioni (*opiniones*). I responsi di questi giureconsulti dovevano essere scritti e segnati, affinchè non si desse agio alla falsificazione.

V. *Constitutiones principum*—Elevato che fu Cesare Augusto al trono e fatto imperatore e rappresentante dell'impero romano, con l'*imperium* gli furon dati tutt' i poteri de' principali magistrati, che avevano avuto fino a quel tempo in loro mano le sorti di Roma. Le leggi emanate dall'imperatore come organo dello Stato, e sommo magistrato diconsi *constitutiones principum*. La prima forma di queste leggi è la *Oratio*, la quale, dapprima semplice proposta legislativa fatta al Senato, addivenne poscia una legge annunziata a questa assemblea. La seconda forma consisteva negli *editti*, che l'imperatore emanava in forza del *ius edicendi*, in qualità di primo magistrato, pretore o proconsole. La terza forma era il *mandato*, col quale il principe commetteva la sua giurisdizione ai luogotenenti, e dava loro a tale scopo istruzioni e regole di diritto. La forma più frequente era il *decreto* ed il *rescritto*; il primo conteneva decisioni sulle quistioni di diritto presentate al principe come a giudice; il secondo conteneva specialmente la risposta ad un quesito, dopo essersi delegato ad un

(a) Cicer. de Orat. I. 48. in f., top. I.

magistrato l'esame della causa. I rescritti potevano essere fatti a modo di lettere, ed allora chiamavansi *epistolae*; la risposta poteva esser data scritta a piè di pagina nella domanda, ed allora aveva comunemente il nome di *subscriptio*. È stato controverso, se i decreti ed i rescritti avessero forza legislativa pel solo caso particolare, o per tutti i casi simili; è tuttavia quasi generalmente accettato, che la decisione valeva pe' casi simili, purchè tale fosse stata la volontà del principe, e fosse certo che si volle esprimere un principio assoluto di diritto; così si spiega quella distinzione tra *constitutiones generales* e *personales*.

Grandissimo fu il numero de' rescritti e de' decreti dati da' principi mercè l'aiuto de' giureconsulti, che componevano il loro consiglio; e di un gran numero di essi fanno fede i giureconsulti romani nelle Pandette (b).

CAPITOLO II.

DELLE PERSONE.

§. 13.

Concetto della persona.

1) Intendiamo sotto il nome di Persona ogni subbietto di diritto, ossia ogni individuo ch'è, o può esser subbietto di diritto. La personalità adunque è l'attitudine, l'idoneità a svolgere sè stesso, la quale in diritto romano non è compresa nel concetto di Uomo; e però non è condizione che accompagna sempre la esistenza umana, e ben si può acquistare come perdere nella sua totalità. Laonde non ripugna al diritto di Roma la distinzione tra uomo e persona; il solo uomo, senza la capacità, non è persona, non è subbietto, ma obbietto di diritto.

2) Quantunque la personalità non possa risiedere che in un uomo, pure, come in diritto romano abbiamo uomini che non sono persone, così abbiamo persone che non sono uomini, tutte le volte che la capacità, la personalità non risiede in un individuo, ma in quelle persone, le quali esistono per finzione di legge, onde a queste si dà il nome di persone giuridiche, fittizie, enti morali.

3) Le persone si distinguono per conseguenza in persone fisiche e morali. In quanto alle prime bisogna considerare tre punti essenziali: l'esistenza fisica, la capacità o l'esistenza giuridica, e le circostanze, che modificano la esistenza fisica e giuridica della persona.

(b) L. 2. pr. ad SC. Velleian. (16. 4). — L. 26. de lib. (28. 2). — L. 8. pr. de quest. (48. 18). — L. 15. pr. ad Leg. Corn. de fals. (48. 10), etc.

I. Delle persone fisiche.

§. 14.

A. Condizioni per l'esistenza dell'uomo, o della esistenza di fatto.

T. D. de statu hominum (1. 5). Savigny, sist. del D. R. v. 2. §. 61.

Il diritto di personalità suppone anzi tutto l'esistenza dell'individuo, la quale incomincia dal momento, ch'è staccato dal corpo materno; il feto nel ventre della genitrice è considerato come parte del corpo di lei, e senza propria esistenza (a). Pur nondimeno abbiamo un temperamento a questo principio nella nota massima — *conceptus pro nato habetur*, quando cioè si tratta del bene del nascituro, si finge nato dal momento del concepimento (b). Non devesi per altro accettare questa massima come totale modificazione del principio generale; imperocchè la condizione, che il feto venga perfettamente staccato dal corpo materno, è ancora essenziale: e, soltanto allora che il fanciullo è staccato, si considera come esistente fin dal suo concepimento; che s'egli morisse prima di questo punto, è ritenuto come mai fosse esistito. Così se una donna incinta libera è fatta schiava e partorisce nella schiavitù, il figlio sarà considerato libero; il postumo ha diritto all'eredità del padre, e, nato, rompe il testamento: ma, se morisse pria di venire alla luce, è considerato come mai avesse avuto esistenza, e però più non ha luogo la precitata massima (c).

2) Bisogna che il bambino viva dopo uscito dal corpo materno, e su questo punto eravi controversia tra la celebre scuola de' Proculeriani e quella de' Sabiniani; i primi voleano riconoscere la vita del neonato dalla voce, mentre gli altri si contentavano di un qualunque movimento. Giustiniano, che ci dà notizia della controversia, ritiene l'opinione degli ultimi (d).

(a) L. 1. §. 1. de inspic. ventre etc. (23. 4) Ulp. Partus, antequam edatur, mulieris portio est vel viscerum. — L. 9. §. 1. ad L. Fale. (35. 2). — L. 161 de V. S. (30. 16). — Ulp. Non est pupillus, qui in utero est.

(b) L. 7 h. t. Paul. Qui in utero est, periunde ac si in rebus humanis esset, custoditur, quoties de commodis ipsius partus quaeritur, quamquam alii, antequam nasceatur, nequaquam prosit. — L. 231 de V. S. (30. 16).

(c) L. 12 pr. de lib. et post. (28. 2). Ulp. Quod dicitur, filium natum rumpere testamentum, natum accipe, etai exsecto ventre editus sit; nam et hic rumpit testamentum, scilicet si nascatur in potestate.

(d) L. 129 de V. S. (30. 16) Paul. Qui mortui nascuntur, neque nati, neque procreati videntur, quia nunquam liberi appellari potuerunt. — L. 3 Cod. de postumis heredibus instit. (6. 29). Iust. Quod certatum est apud veteres, nos decidimus. Quam igitur is, qui in ven-

3. È necessario in terzo luogo che avesse forma umana; ma non tutti coloro che non hanno forma ordinaria sono da considerare *monstra* o *prodigia*, ma solamente quelli che non possono avere il predicato di umano (e).

ANNOTAZIONE

Oltre a questi tre requisiti molti giuristi ne ammettono un altro, ed è la vitalità; il fanciullo, essi dicono, bisogna che nasca vivo e vitale; l'uomo nato vivo, che non è capace di vivere lungamente, ha vita apparente e non reale, e però devesi ignorare la sua esistenza. Il difficile di questa opinione è determinare il caso, in cui un fanciullo debba esser tenuto come non vitale. La legge 12 *de stat. hom.* è applicata come se riguardasse la vitalità; imperciocchè, essi dicono, un fanciullo nato prima dei 182 giorni non può per ragioni fisiologiche continuare ad esistere, ed, avendo una vita passeggera, non può essere riguardato come persona. Contro questa opinione basterebbe leggere attentamente quella legge e scorgere il fine per cui fu accettata nei Digesti la teorica d'Ippocrate. « Septimo mense nasci perfectum • partum, iam receptum est propter auctoritatem doctissimi viri Hippocratis; et • ideo credendum est, eum, qui ex iustis nuptiis septimo mense natus est, iustum • filium esse ». Ora l'opinione d'Ippocrate, come vedesi, fu accettata unicamente per decidere i rapporti di legittimità; il che è tanto più giustificabile nelle leggi, in quanto che la conseguenza giuridica del diritto di patria potestà e i diritti di suità son fatti dipendenti dal concepimento avvenuto in un legittimo matrimonio. Ora l'atto del concepimento è, e rimarrà sempre un mistero di natura, ed in una questione sulle attinenze testè mentovate, non era difficile che la difficoltà cadesse sulla pruova del concepimento avvenuto nel legittimo matrimonio; bisognava adunque affidare al giudice la decisione d'una tale controversia, e, trattandosi d'un mistero, si farebbe prevalere l'arbitrio del magistrato in un affare di tanto momento. Per la qual cosa la legge ha provveduto con un termine fisso, e ha detto: chi nasce dopo 182 giorni dalla celebrazione del matrimonio è tenuto figlio legittimo; con altre parole, è padre quello che viene mostrato dalle legittime nozze; la legge 12 dà luogo ad una presunzione. Dopo ciò, qual v'è necessità di ricorrere ad una presun-

tre portabatur, praeteritus fuerat, qui, si ad lucem fuisset redactus, suus heres patri existeret, si non alius eum anteederet, et nascendo ruptum testamentum faceret: si postumus in hunc quidem orbem devolutus est, voce autem non emissa ab hac luce subtraetus est, dubitabatur, si is postumus ruptum facere testamentum posset? Et veterum animi turbati sunt, quid de paterno elogio statuendum sit. Cumque Sabiniani existimabant, si vivus natus esset, etsi vocem non emisit, rumpi testamentum, apparet, quod, etsi mutus fuerat, hoc ipsum faciebat. Eorum etiam nos laudamus sententiam, et sanemus, si vivus perfecte natus est, licet illico, postquam in terram cecidit, vel in manibus obstetricis decessit, nihilominus testamentum rumpi, hoc tantummodo requirendo, si vivus ad orbem totus processit, ad nullum declinans monstrum vel prodigium.

(e) L. 12. § 1. de lib. et post. etc. (28. 2). — L. 14 h. t. Paul. Non sunt liberi, qui contra formam humani generis converso more procreantur, veluti si mulier monstruosum aliquid, aut prodigiosum exixa sit. Partus autem, qui membrorum humanorum officia ampliavit, aliquatenus videtur effectus; et ideo inter liberos enumerabitur.

zione per stabilire la vitalità? Il fanciullo nato prima dei 182 giorni non è vitale, ma chi afferma il giorno del concepimento? chi darà il punto fisso per la computazione? La personalità investe l'uomo al momento della sua nascita; ora in quel tempo che il non vitale vive, breve che fosse questa vita, bisogna che sia qualche cosa; e s'egli non è persona, sarà servo; perocchè un essere umano che non sia nè persona, nè semplice uomo, non si dà in natura, nè tampoco in diritto. A difesa di questa opinione si allega la legge 2. C. post. hered. (6. 29), nella quale è detto che l'aborto non può rompere il testamento del padre; ma nè qui, nè altrove sta detto che un fanciullo nato vivo debba esser considerato aborto sol perchè è nato prima dei centottantadue giorni dalla celebrazione del matrimonio. Decisivo per noi è il frammento di Ulpiano l. 12. § 1. de liber. et post. etc. (28. 2): *Quid tamen, si non integrum animal editum sit, cum spiritu tamen, an adhuc testamentum rumpat? ET HOC TAMEN RUMPT.* Questa legge non può essere più chiara; non credo poi che le parole *cum spiritu tamen* volessero significare la vitalità. V. Savigny, v. II. app. 3. Thibaut, §. 121. Mühlenbruch, §. 177. n. 2. Boecking, v. I. §. 32. Burchardi, II. §. 22. Vangerow, v. I. §. 32. not.

§. 15.

Termine della esistenza fisica.

1) La morte è l'estremo termine dell'uomo, ma della sola esistenza fisica non della personalità, la quale gli sopravvive, riveste un'altra persona dopo la sua morte (erede), e per la temporanea mancanza dell'erede informa gli stessi beni, che vengono riguardati perciò come persona giuridica (eredità giacente). Quando si vogliono far valere diritti dipendenti dalla morte di un uomo, debbesi, al par d'ogni altro fatto, provar che questi sia morto; perocchè la morte, come la vita, non si presume giammai.

2) Non è sempre agevole provare la morte dell'uomo, anzi in alcuni casi le pruove riescono impossibili, ed allora è mestieri che la legge provveda al difetto di esse per via di presunzione. Così riesce impossibile provare la morte di colui, del quale per molto tempo più non s'ha contezza nel suo ultimo domicilio. Il diritto romano non ci dà su ciò alcuna determinazione, ed a questo proposito tace, ma non così che non possa trovarsi una disposizione analogica. Egli sembra, che due leggi nei Digesti possano estendersi a questo caso, una, parlando del modo con cui debbono essere computati gli anni per sottrarre la quarta falcidia in un legato di alimenti, assegna diverse gradazioni di età, e giunge fino a 60 anni; ma questa legge, trattando di uno scopo tutto speciale, mal potrebbe servire all'uopo (a).

(a) L. 68. pr. ad Leg. Falcid. (35. 2.).

L'altra ci può dare il vero criterio, col quale si sarebbe potuto sciogliere questa difficoltà nel diritto romano: imperocchè Gaio domandando quanti anni dovrebbe durare l'usufrutto costituito per una persona giuridica? risponde, cento anni, essendo questo il più lungo termine della vita d'un uomo (b). Il diritto romano suppone adunque che la vita umana non vada di là dai cento anni; ora qual v'ha dubbio d'applicare la medesima presunzione al caso nostro?

3) Quando due individui si son trovati in un pericolo di vita, ed insieme son morti come in una guerra, in un naufragio, ec., può essere di pratica importanza il sapere qual de' due sia morto il primo. È regola generale che quando si possa, debbasi provare la priorità della morte, o, se non puossi, evvi la presunzione che amendue siano periti nel medesimo momento (c). Se mai de' due l'uno provenisse dall'altro, si presume che se il discendente era pubere, sopravvisse al padre, se impubere morì prima (d), eccetto pel diritto di patronato; giacchè, morendo il liberto col figlio in un comune pericolo, si suppone che siano morti nel medesimo momento, di modo che l'eredità è devoluta *ab intestato* al patrono (e); e pel fidecommesso in cui si ha la medesima presunzione della morte, cioè simultanea, dell'ascendente e del discendente (f).

ANNOTAZIONE

La presunzione della premorienza dell'impubere all'ascendente si restringe al caso determinato dalla legge; per la qualcosa non possiamo qui ammettere l'opinione del *Mühlenbruch* (g), il quale vorrebbe estenderla di là dai termini, in cui è

(b) L. 56. de usuf. (7. 1.) *Gaius*.... Unde sequens dubitatio est, quousque tunc essent in eo usufructu municipes? Et placuit centum annos tunc esse municipes, quia is finis vitae longaevi hominis est.

(c) L. 18. pr. de reb. dub. (34. 3.) *Marcian* si pariter decesserint, nec appareat, quis ante spiritum emisit, non videtur alter alteri supervivisse.

(d) L. 9. §. 4. eod. *Tryph.* Si Lucius Titius cum filio pubere, quem solum testamento scriptum heredem habebat, perierit, intelligitur supervivisse filius patri, et ex testamento heres fuisse, et filii hereditas successoribus eius deferatur, nisi contrarium approbetur. Quodsi impubes cum patre filius perierit, creditur pater supervivisse, nisi et hic contrarium approbetur.

(e) L. 9. §. 2. de reb. dub. (34. 5.) *Tryphon.* Si cum filio suo libertus simul perierit, intestati patrono legitima deferatur hereditas, si non probatur, supervivisse patri filius, hoc enim reverentia patronatus suggerente dicimus.

(f) L. 47. §. 7. ad SC. Trebell. (36. 1.) *Ulp.*... Sed si naufragio, vel ruina, vel aggressu, vel quo alio modo simul cum patre perierit, an conditio defecerit, videamus. Et magis non defecisse arbitror, quia non est verum, filium eius supervivisse. Aut igitur filius supervixit patri, et extinxit conditionem fideicommissi, aut non supervixit, et extitit conditio, quum autem quis ante, et quis postea decesserit, non apparet, extitisse conditionem fideicommissi magis dicendum est.

(g) *Mühlenbruch*, nell'archivio civile, v. IV §. 391.

stata posta da Trifonino, e supporre in ogni caso, anche quando non si tratta di ascendenti e discendenti, la priorità della morte dell'impubere. Egli argomenta massimamente che i Romani statuissero una tale presunzione da ciò probabilmente, che per esperienza sapevano che de'nati la maggior parte moriva nella impubertà. Lasciamo stare che ogni presunzione, essendo un *ius singulare*, non è dato estenderla ad altri casi, ma la ragione del *Mühlenbruch* è perfettamente da rifiutare; imperciocchè ben vi poteva essere una esperienza simile, ed anzi benissimo potevasi tenere un tal principio ogni qualvolta si trattasse di decidere della morte dell'impubere o del pubere; ma non in questo caso, che la morte è certa per entrambi, incerto poi qual de' due sia morto prima. V. Savigny, v. II. §. 63. Puchta, §. 115. Böcking, l. §. 31. Mackeldey, §. 141. Thibaut, §. 122. Vangerow, §. 33.

§. 16.

Della capacità o dello STATUS, e delle diminuzioni nel capo.

T. D. de capite minutis (4. 5.). T. Inst. de capitis deminutione (1. 16.).

I. Il principio giuridico, che assicura la personalità dell'uomo, è chiamato dai Romani stato (*status hominis*); o vogliam dire il posto che una persona tiene nella vita romana, ed è la condizione (*conditio hominis*), mercè cui e secondo cui il diritto riconosce e garantisce la sua giuridica capacità. Ma come questa può esser considerata più o meno perfetta, i Romani riguardano tre stati per assegnare all'uomo il suo posto, e determinare il grado della sua idoneità; essi sono la libertà (*status libertatis*), la cittadinanza (*status civitatis*), e la famiglia (*status familiae*).

1) La libertà è la prima condizione della esistenza giuridica dell'uomo, ed in tanto è condizione, in quanto che essa non accompagna sempre l'uomo nella civiltà romana, in cui oltre allo stato di libertà, vien riconosciuto l'altro della schiavitù.

L'intero concetto della proprietà è applicabile a quest'ultimo stato; lo schiavo in effetto sia che nascesse tale o addivenisse, non era subbietto, bensì obbietto di diritto, sottoposto alla privata volontà del suo padrone, non altramente che qualunque altra cosa; nè col cessare l'autorità del padrone, acquistava la libertà; di fatti, derelitto, veniva considerato come una *res nullius*, ed era quindi del primo occupante (a). Questa perfetta mancanza di capacità non si restringeva al diritto civile, ma estendevasi

(a) L. 38. §. 1. de nox. act. (9. 4.).—L. 8. pro derelicto (41. 7.).—L. 36. pr. de stip. serv. (43. 3.). *Iavol.* Quod servus stipulatus est, quem dominus pro derelicto habebat, nullus est momenti, quia, qui pro derelicto rem habet, omni modo a se reiecit, nec potest eius operibus uti, quem eo iure ad se pertinere noluit; quodsi ab alio apprehensus est, stipulatione ei acquirere poterit, nam et haec genere quodam donatio est.

ancora al diritto delle genti (b); onde a ragione fu la schiavitù appellata da' Romani un istituto del diritto delle genti (c). Da ciò seguirebbe, che lo schiavo non solo non era idoneo a fare un atto di diritto civile, ma non v'era in lui neppure la possibilità che potesse imprendere atti di qualunque natura si fossero.

Al contrario lo schiavo non cessava di esser considerato dai Romani qual essere intelligente, sicchè gli si assegnava un posto tra gli obbietti di diritto distinto dagli obbietti materiali e dagli animali: egli in alcuni casi era un essere mezzano tra le cose e le persone, ossia veniva riconosciuta in lui una certa ombra di capacità (1). Oltre a ciò era fermo principio, che la schiavitù era uno stato anormale dell'uomo, che poteva aver termine in determinati casi, e per effetto di certi atti giuridici; di qui la teoria della manomissione, per mezzo della quale lo schiavo addiveniva libero e prendeva il nome di *liberto* in opposizione all'*ingenuo*, ch'è l'uomo nato libero (d). La capacità di diritto era la stessa tanto nel liberto, quanto nell'ingenuo: ambi, se cittadini romani, avevano il *commercium*, ed il *connubium*, che vale facoltà di acquistare la proprietà per diritto civile, e concludere validamente un civile matrimonio; benchè in quest'ultimo rapporto i libertini avessero una limitazione di più, non potendo essi contrarre matrimonio con membri di famiglia senatoria (e). In riguardo al diritto pubblico i libertini, non essendo cittadini *optimo iure*, eran privi del *ius honorum*, ed, in quanto al *ius suffragii* ne' tributi comizii, erano posposti agl'ingenui (2).

Eccettuar si debbe da un tale peggioramento di condizione l'ingenuo caduto in prigionia del nemico; perocchè, se egli tornava *animo revertendi*, non era considerato come uno schiavo ritornato a libertà, come liberto, ma *ipso facto* acquistava la piena ingenuità in virtù di quel diritto appellato da' Romani *ius postliminii*.

2) La seconda condizione per l'esistenza giuridica è la *civitas* (*status civitatis*), la quale nasce dal carattere supremamente individuale ed esclusivo del popolo romano; la sua civiltà era rinchiusa in un campo così ristretto, che i cittadini dello Stato romano si consideravano come membri

(b) L. 20. §. 7. qui test. fac. poss. (28. 1.). *Ulp.* Servus quoque merilo ad solemnia adhiberi non potest, quum iuris civilis communionem non habeat in totum, ne praetoris quidem edicti. — L. 32. de R. I. (30. 17.).

(c) L. 1. §. 1. de his qui sui (1. 6.). *Gaius.* Igitur in potestate sunt servi dominorum. Quae quidem potestas iuris gentium est; nam apud omnes peraeque gentes animadvertere possumus, domini in servos vitae, necisque potestatem fuisse; et quodcumque per servum acquiritur, id domino acquiritur. — L. 64. de condit. indeb. (12. 6.) — Conf. L. 4. de l. et f. (1. 1.).

(d) V. appendice III. alla fine del capitolo.

(e) *Ulp.* fragm. XIII. I. — L. 44. pr. de rit. nupt. (23. 2.).

Diritto romano.

di una comunanza distinta affatto dagli altri popoli, e chiusa a qualunque straniero; e non fa meraviglia che questi era appellato *hostis*, e come tale trattato (f).

Poscia, quando i dettami del diritto delle genti cominciarono a penetrare in quel campo ristretto, ed estendere la romana attività, e tempersosi così l'antico egoismo, fu creduto che i non cittadini fossero capaci di diritti, ma di quel diritto che fu appellato *ius gentium*: allora fu messa la distinzione tra *cives* e *peregrini*.

La importanza giuridica di tale distinzione è, che il cittadino è personalità romana, e come tale è soggetto del diritto civile, il peregrino non ha capacità, se non di diritto delle genti, e questa sola ha per tutte le relazioni giuridiche; così che il suo matrimonio era vero, ma non giusto; la sua proprietà fu riconosciuta e garantita, ma come proprietà naturale. D'altra parte il lato negativo della peregrinità si comprende in queste parole: i peregrini non hanno nè il *ius commercii*, nè il *ius conubii*, o con altre parole, essi non ponno nè acquistare civilmente la proprietà, nè contrarre validamente un matrimonio civile (3); e rispetto al diritto pubblico, essi mancano perfettamente del *ius suffragii*, e del *ius honorum*.

Tra i non cittadini eranvi alcuni d' un' altra condizione, e quindi d' una capacità quasi partecipando di quella del cittadino e del peregrino; questi erano i *Latini*, i quali avevano il *ius commercii*, ma non il *ius conubii* in diritto privato, mentre in diritto pubblico, non avendo il *ius suffragii* e molto meno il *ius honorum* (g), erano a' peregrini perfettamente equiparati.

Come il diritto delle genti fu il primo e vero fondamento di questa divisione, così, appena i dettati di questo diritto furono ammessi anche al diritto civile, l'individualismo del popolo romano, improntato nella rigidità del *ius civile*, incominciò a perdere la sua efficacia; e, quando il diritto più equo ed universale preponderò all'altro, il severo racchiudersi di Roma non ebbe più sua ragion di essere. Questa distinzione adunque prese a dileguarsi sotto l'Impero, il quale non sorgeva dal concetto del popolo o meglio del municipio, ma da quello del comando romano fin dove si spaziava; di guisa che Caracalla in parte, quindi Giustiniano totalmente, estesero la cittadinanza a tutto l'impero, e da quel tempo, come il cittadino non si distingue dal peregrino, così il *ius gentium* non è distinto dal diritto civile.

(f) *Cicer. de off. l. c. 12. Hostis apud maiores nostros is dicebatur, quem nunc peregrinum dicimus. Indican XII tabulae, ut: status dies cum hoste; itemque: adversus hostem aeterna auctoritas.*

(g) V. appendice III. alla fine del capitolo.

3) Il terzo stato, o la terza condizione per la esistenza giuridica è la famiglia (*status familiae*). Dai differenti significati della parola *familia* si deduce, ch'essa dee considerarsi in diritto romano come un tutto, o l'insieme di ciò che può essere sottoposto all'autorità di una determinata persona: così appellasi *familia* tutto il patrimonio (*pecunia familiarique*), gli schiavi, e nel più stretto significato le persone le quali son soggette all'autorità di un padre, *princeps familiae*, o che, largamente considerata, vi sarebbero soggette se non fosse morto il comune genitore; in quest'ultima accettazione *familia* denota il complesso degli agnati, esclusi cioè coloro che avevano il semplice legame di sangue. Da ciò si comprende benissimo che alla esistenza della famiglia, avendo questa la ragion di essere soltanto nel potere di colui, a cui sono o possono essere sottoposte altre persone, non è necessaria strettamente la pluralità degl'individui, ma è sufficiente che alcuno avesse l'autorità di sè stesso e non fosse sommerso all'altrui potestà; di qui la massima *emancipatus familiam habet* (h).

Lo stato di famiglia si fonda principalmente su quello della cittadinanza, per ciò che ogni cittadino romano è capace di appartenere ad una comunione di agnati, e per conseguenza ha questo stato colui il quale appartiene come membro ad una determinata famiglia; di qui nasce che, considerato lo stato di famiglia in sè, non si perde come quello di libertà e di cittadinanza, ma si può solo cambiare.

I membri componenti la famiglia strettamente considerata chiamavansi *paterfamilias*, *filius vel filiafamilias*, *uxor cum conventione in manum mariti*, e ciascuno di essi avea un grado di capacità distinto nell'ordine giuridico; e per vero dal concetto della famiglia, che è quello della potestà, nasceva, che quando una persona era indipendente di tale potere, anzi in lei questo potere risceva, era *paterfamilias*; quando per contra una persona era all'altrui potestà sottoposta, prendeva nome di *filiusfamilias* o *uxor cum conventione in manum mariti*; di modo che dallo stato di famiglia s'eleva la romana teorica dell'*homo sui vel alieni iuris*, tanto feconda d'effetti giuridici. Il padre di famiglia era la perfetta persona o l'individuo che avea tutta intera la capacità; mentre all'opposto il figlio soggetto alla potestà del padre era incapace di aver proprietà, capace sì d'acquistare, ma non idoneo d'acquistare per sè; del pari, non potendo egli esercitare sugli altri quella autorità che sopra sè non avea, non gli era data potestà nè meno sopra la propria moglie e i figliuoli; ma queste persone tutte come lui erano sommesse alla potestà del padre

(h) L. 195. de V. S. (30. 16) — Marezoll, manuale delle Ist. §. 78. Lipsia 1837.

suo (1). Questo stato durava finchè durava la famiglia, e finchè i sottoposti a quel rigido potere non cessassero di parteciparvi; dal momento adunque che uno di questi membri cominciava ad esistere da sè come un tutto, e avere quindi una propria famiglia, da quel momento riceveva la perfetta capacità, diventava idoneo ad acquistare per sè, ed aveva un proprio patrimonio. Queste limitazioni eran perfette conseguenze della negazione del diritto di proprietà, e perciò dobbiamo nei figli di famiglia quelle capacità riconoscere, che non fanno punto capo nel diritto suddetto. Ed in vero nel pubblico diritto egli era capace non diversamente da suo padre, e nello stesso diritto privato, purchè non si tratti del diritto di proprietà, il figlio era capace come lo stesso padre di famiglia: egli era cittadino romano, quindi aveva il *connubium*, la capacità cioè di contrarre un matrimonio civile; aveva il *commercium*, e se non poteva acquistare per sè, nè quindi disporre, era capace almeno di fare da testimone in una mancipazione, ed in un testamento. Come abbiamo parlato del figlio di famiglia, parliamo ancora dell'*uxor*, la quale, essendo negli antichi tempi considerata *filiae loco*, era pareggiata al figlio con alcune modificazioni nascenti dalla condizione di donna.

Questo stato di cose sotto l'Impero ebbe una profonda modificazione; poichè l'istituto del peculio, essendo stato allargato oltre la cerchia ristretta, nella quale fu circoscritto dal diritto antico (peculio profetizio), operò un perfetto cangiamento nella condizione del figlio di famiglia; questi fu creduto in effetto capace di avere certi beni proprii (peculio castrense, e quasi castrense), e, applicandosi sempre più questo concetto positivo in rapporto alla proprietà, si stabilì finalmente la massima contraria, essere il figlio di famiglia idoneo ad acquistare per sè. Questo è il senso degli ultimi due peculii (peculio avventizio regolare ed irregolare). Non sono rimasti che alcuni diritti del padre di famiglia sopra i beni avventizii del figliuolo, e rispetto a questi la limitazione del solo *ius disponendi*. Come l'istituto del peculio produsse questa mutazione al figlio di famiglia, così quello della dote cambiò la condizione della donna, la quale non fu più sommersa all'autorità, ma bensì al solo consiglio del marito (4).

II. Alla dottrina dello stato si rappicca l'altra della *capitis diminutio*, o *status mutatio*, come quella che tratta della perdita di uno de' tre stati o condizioni dell'esistenza giuridica. Queste due espressioni de' Romani riguardano due lati della medesima teorica, secondo che essa si rapporta o al soggetto o all'effetto; e così *caput* che ha tutto il suo valore storico nelle tavole del censo, nelle quali dovea essere scritto un cittadino romano (i), dinota il soggetto, e *diminutio* la perdita che soffriva;

(i) Savigny, sist. V. II. app. VI. — Niebuhr., stor. rom. V. II. p. 460.

status mutatio, supponendo ogni mutazione la perdita dello stato primiero, è la perdita stessa di una di quelle condizioni, onde si hanno in diritto romano tre specie di *capitis deminutiones* secondo le tre specie dello *status*, e specialmente la *capitis deminutio maxima*, *media* e *minima* (j).

1) La prima consisteva nella perdita della libertà, e l'uomo, da libero diventando schiavo, veniva considerato morto civilmente da quando entrava nella schiavitù; si comprende facilmente che la perdita di questo stato portava con sè quella degli altri, perdendosi nel medesimo tempo e la cittadinanza e la famiglia; donde la espressione *maxima*. Questo avveniva per varii motivi :

a) Per la prigionia; il prigioniero di guerra era diminuito di capo da quando cadeva in potere del nemico; ma se egli ritornava volontariamente, acquistava *ipso facto* tutti i suoi diritti come se non fosse mai stato prigioniero (k); eccettuati però i casi: se era stato consegnato al nemico in espiazione di un delitto; in tempo di tregua, e quando si rinunciava allo scambio de' prigionieri; ed in fine eccettuato era parimente il disertore, il quale, ritornando, non riprendeva più lo stato primiero (l).

b) Per mezzo della rinvocazione di un liberto sotto la schiavitù (m).

c) Per vendita da parte di persona che ne aveva il diritto, il che facevasi dallo Stato su quel cittadino che non si lasciava censurare per sfuggire alle imposte, e che si sottraeva al servizio militare (n).

d) Per condanna a morte, o in *opus metalli*, ed in questo caso gli schiavi eran detti *servi poenae*; ma Giustiniano l'abolì in favore del matrimonio (o).

2) La *capitis deminutio media* era la perdita della cittadinanza, e con essa della famiglia civile, rimanendo salvo lo stato di libertà; e fu detta *media*, perchè stava in mezzo alle due perdite, ritenendosi la libertà, e perdendosi la famiglia. La cittadinanza si perdeva :

(j) L. 11. de cap. minut. (4. 3.). *Paul.* Capitis deminutiones tria genera sunt: maxima, media, minima, tria enim sunt, quae habemus: libertatem, civitatem, familiam. Igitur quam omnia haec amittimus, hoc est libertatem, et civitatem, et familiam, maximam esse capitis deminutionem; quum vero amittimus civitatem, libertatem retinemus, mediam esse capitis deminutionem, quum et libertas et civitas retinetur, familia tantum mutatur, minimam esse capitis deminutionem constat.

(k) L. 19. de capt. et postl. et red. (49. 13.).

(l) L. 30. 19. §. 1. 4. 8. L. 17. de capt. et postlimini. (49. 13.).

(m) L. 5. pr. de iur. patr. (37. 14.). *Marc.* Divus Claudius libertum, qui probatus fuerit patrono delatores submississe, qui de statu eius facerent el quaestionem, servum patroni fuisse eum libertum.

(n) L. 4. § 10. de re milit. (49. 16.).

(o) N. 22. c. 8.

a) quando un cittadino romano acquistava un diritto di cittadinanza incompatibile col romano, come di una città peregrina o di una colonia latina (p);

b) per la condanna *aquae et ignis interdictio*, o secondo l'ultimo diritto per deportazione (q).

3) Finalmente la *capitis deminutio minima* consisteva nella perdita del legame di una famiglia civile, mentre si riteneva la libertà e la cittadinanza. Quest'ultima specie della deminuzione del capo differiva molto dalle due prime, perciò che mentre si perdevano le relazioni di una famiglia civile, nel medesimo tempo si acquistavano quelle di un'altra pel principio già stabilito, che, posta la cittadinanza, dobbiamo ammettere necessariamente la famiglia (5).

Si soffriva questa *capitis deminutio* tutte le volte che si mutava la famiglia, e particolarmente :

a) quando un *homo sui iuris* addiveniva *alieni iuris*; e segnatamente per l'arrogazione (r), pel matrimonio della donna con la convenzione in *manum*, dato per altro che ella non fosse sotto la patria potestà prima del matrimonio; per la rivoceazione sotto la patria potestà *propter ingratitudinem*, e finalmente secondo il nuovo diritto per legittimazione;

b) quando un *homo alieni iuris* addiveniva *sui iuris*; come per emancipazione, perocchè l'emancipato perdeva i legami della sua famiglia, ed un'altra ne formava con novelli rapporti giuridici;

c) quando un *homo alieni iuris* passava in un'altra famiglia nella stessa qualità; come succedeva per mezzo dell'adozione, la quale importava che il figlio di famiglia usciva dalla potestà del padre naturale ed entrava sotto quella del padre civile, o con altre parole perdeva i diritti di agnazione della famiglia naturale ed acquistava quelli della famiglia civile: similmente eravi questa perdita per la donna, che dalla *potestas* del padre passava alla *manus* del marito. Nel medesimo modo erano diminuiti del capo i figli dell'arrogato, dell'adottato, del legittimato, e del rivoato sotto la patria potestà per ingratitudine (6).

(p) *Cic.* pro *Cacc.* 33. 33. de *Orat.* 140.

(q) *Gai.* *Inst.* 1. 161. L. 2. §. 1. de *poenis* (48. 49).

ANNOTAZIONI

(1) Chi addentro considera il progresso della romana civiltà ed i rapporti ne' quali lo schiavo per la sua condizione trovavasi, non può non sorgere in lui una certa capacità giuridica, la quale certamente è una eccezione ai principii più rigorosi del diritto antico.

Modificazioni alla sorte degli schiavi si appalesarono nel diritto penale massime sotto gl'imperatori, i quali emanarono una serie di disposizioni, che vennero a modificare grandemente il diritto antico riguardante lo schiavo nella proprietà del padrone, e però sotto la illimitata potestà di lui. Non credo inutile rammentare a questo proposito la legge Petronia, la quale sottrasse all' arbitrio dei padroni l'uso crudele di mettere gli schiavi in lotta cogli animali; così pure Pio e Adriano punirono chi bestialmente in crudeliva contra gli schiavi, e quest' ultimo negò a' padroni il diritto di vita e di morte, che fu rimesso al potere giudiziario non altrimenti che per le persone; similmente v'è l'altra disposizione molto più importante, che colui il quale ingiustamente uccideva uno schiavo dovea esser sottoposto alla legge Cornelia de sicariis (s).

Il sentimento naturale di umanità che rifiuta grandemente di mettere l'uomo tra gli obbietti di diritto, si manifesta e non debolmente nel sistema di diritto privato. E di vero in alcuni casi era riconosciuta ancora nello schiavo una certa esistenza giuridica: egli infatti acquistava, sebbene non acquistasse per sè; poteva essere istituito erede nel testamento, acquistando la eredità pel suo padrone. Il rilievo di una tale esistenza giuridica è manifesto molto più nel diritto di obbligazione, in cui in determinate circostanze lo schiavo appare dotato di propria idoneità e non come mediatore tra il padrone ed un terzo: così gli schiavi potevano obbligarsi non essendo per essi impossibile una obbligazione naturale, la quale aveva piena efficacia dopo la manomissione. Il che avveniva nel tenore seguente: lo schiavo non poteva acquistare una obbligazione attiva per sè, acquistando sempre pel suo padrone, ma, se questi volesse addivenire debitore del proprio schiavo, si fondava allora una obbligazione naturale. Similmente poteva esser debitore rispetto e al padrone e a qualunque terzo, e questa obbligazione era ancora naturale, e rimaneva tale anche dopo la manomissione; mentre dai delitti dello schiavo contro i terzi nascevano obbligazioni, che addivenivano civili dopo la manomissione (1). Di maggior importanza era il diritto dato allo schiavo dello Stato di una limitata *testamenti factio activa*, potendo egli disporre per testamento di una metà de'suoi acquisti; di maniera che se

(s) L. 2. de his qui sui. *Gai.* Inst. I. §. 83. (1. 6).

(1) L. 14 de obl. et act. (44. 7). *Ulp.* Servi ex delictis quidem obligantur; et si manu mittantur, obligati remanent; ex contractibus autem civiliter quidem non obligantur, sed naturaliter et obligantur, et obligant. Denique si servo, qui mihi mutuam pecuniam dederat, manumisso solvam, liberor. — L. 13 pr. de cond. ind. (12. 6). *Paul.* Naturaliter etiam servus obligatur, et ideo si quis nomine eius solvat, vel ipse manumissus, ut Pomponius scribit, ex peculio, cuius liberam administrationem habeat, repeti non poterit; et ob id et fideiussor pro servo acceptus tenetur, et pignus pro eo datum tenebitur; et si servus qui pecuniā administrationem habet, rem pignori in id, quod debeat, dederit, utilis pignoratitia reddenda est. — L. 7. §. 18 de pactis (2. 14). — L. 64. de cond. ind. (12. 6). — L. 1. §. 18. depos. (16. 3). — L. 19. §. 4. de don. (39. 5). — *Savigny*, Sistema II. §. 65. ap. IV. — *Puchta*, corso d' Istit. V. II. §. 210.

condo questa disposizione non si credeva impossibile neppure il fatto che lo schiavo potesse per proprio conto acquistare (u).

(2) La manomissione rendeva lo schiavo alla naturale libertà, ma non lo faceva perfettamente indipendente dal suo padrone, originandosi da quest'atto un diritto del manomettente sul manomesso in analogia ai diritti di famiglia, appellato diritto di patronato. Questo diritto consisteva massimamente nell'*obsequium*, a cui era tenuto il liberto verso il suo patrono con tutti gli effetti giuridici che dall'ossequio dipendevano: p. e. non era lecito al primo di allegare contro l'altro l'eccezione di dolo, nè chiamarlo in giudizio senza la preventiva licenza del Pretore; il patrono aveva il diritto di pretendere gli alimenti dal suo liberto, e, nel caso che venisse condannato in giudizio, godeva il *beneficium competentiae*. Il più importante diritto che si originava dal patronato era senza dubbio il diritto ereditario del patrono, se il liberto venisse a morire senza discendenti legittimi; anzi esso si estendeva anche oltre; imperocchè quando il liberto non lasciasse che figli adottivi, il patrono aveva una *bonorum possessio contra suos non naturales* per la metà dell'asse ereditario (v).

(3) La capacità del peregrino era messa unicamente sul fondamento della *naturalis ratio*, e quindi tutte le attinenze giuridiche di lui venivano naturali appellate; il che faceva vero contrapposto alla ragion civile: così parlavasi di acquisto civile e naturale, di civile e naturale parentela, di effetti di stretto diritto e di equità; e mentre il diritto delle genti si spaziava in tutto lo svolgimento della umana personalità, il civile si racchiudeva nei due termini del *ius commercii*, e del *ius conubii*. Questo contrapposto, che precipuamente si manifestava nel diritto di famiglia, ed in quello di proprietà, due relazioni sommamente civili, che si comprendevano nei due precitati *iura*, si temperava alquanto nel diritto di obbligazione. E ciò per doppia ragione: primieramente perchè i rapporti d'obbligazione nascendo massimamente dalla dichiarazione di volontà, e dal mutuo consenso, meno si opponevano alle massime universali del diritto delle genti; secondamente perchè fin dai primi tempi fu sentito il bisogno di conciliare in certo modo i due sistemi, per regolare quei rapporti che il commercio necessariamente creava tra i Romani, e le vicine popolazioni. Per la qual cosa mentre, stando a' principii fondamentali di diritto, ne' legami obbligatorii la capacità del peregrino dovea limitarsi solamente alla obbligazione naturale, avveniva per contrario che i rapporti di obbligazione tra peregrini davano ancora fondamento ad azioni civili. Pur nondimeno non si credette derogare ai principii rigorosi di diritto; giacchè per giustificare una obbligazione civile in quella qualità di persone si fece uso di un ripiego, fingendosi in esse per questo caso la qualità di cittadino, e le loro azioni ebbero però il nome di *actiones fictitiae* (x).

(4) Alla *patria potestas* ed alla *manus* si aggiunge comunemente anche il *mancipium* come uno stato od una condizione di famiglia, il che sarebbe vero, quante volte si estendesse il significato della parola famiglia di là del concetto di agnazione, come p. e. al complesso degli schiavi in proprietà del loro padrone. Il mancipio,

(u) *Ulp. XX. 16.* *Servus publicus populi romani pro parte dimidia testamenti faciendi habet ius.*

(v) *Gai. Inst. III. 41.* V. più innanzi della patria potestà. *Lib. I. c. 2. Lib. IV. c. 1. della bon. poss.*

(1) *Gai. Inst. IV. 37.*

vale a dire quella potestà che si acquistava sopra una terza persona comprata per *mancipationem*, produceva l'effetto che questa era considerata *servi loco*; è però chiaro che un tal rapporto fu creato molto più in analogia della relazione tra padrone e servo (*dominica potestas*), che di quella tra padre e figlio (*patris potestas*), onde non sarebbe uno *status familiae* (y). Ciò non ostante incorrerebbe in errore chi un tale individuo volesse mettere nel medesimo grado degli schiavi: al contrario vi è tale differenza tra queste due condizioni della esistenza giuridica di una persona, che, considerandole accuratamente, non si tarderà a riconoscere, che il mancipio era uno stato intermedio tra quello della schiavitù e quello di famiglia. La differenza più rilevante è che la schiavitù era uno stato di per sé concepibile anche senza un determinato padrone, senza che dipendesse cioè da un *paterfamilias*; mentrechè il mancipio stava appunto nella dipendenza da un determinato capo di famiglia, nè era concepibile senza di questo. Gli effetti del *mancipium* parte s'assomigliavano a quelli che derivavano dalla schiavitù, parte ne differenziavano moltissimo; pareggiato allo schiavo nel diritto pubblico era il *caput in mancipio*, del tutto idoneo non solo ad occupare una pubblica carica (*ius honorum*), ma ancora a dare il voto nelle assemblee popolari (*ius suffragii*); questi diritti nondimeno erano in lui considerati solamente come sospesi, per lo che dopo la manomissione erano riacquistati *ipso facto*. Riguardo al diritto privato e particolarmente al diritto di proprietà eravi pel mancipato una perfetta incapacità, non potendo egli neppure servire da testimone in una mancipazione od in un testamento; e da questo lato gli effetti di una tale condizione erano i medesimi che quelli dello stato di schiavitù, mancando interamente il *ius commercii*. Tutt'altro era poi quando si riguardavano i rapporti di famiglia; imperocchè il mancipato poteva benissimo contrarre un matrimonio civile, continuando in questo stato, il suo matrimonio rimaneva giusto, ed i figliuoli concepiti in queste nozze erano sommessi alla patria potestà dell'avo o dello stesso mancipato dopo la manomissione.

(5) La teorica dello stato e la corrispondente della *capitis diminutio*, riconosciuta dagli antichi e moderni scrittori nel modo suddetto, è stata in questi ultimi tempi trattata da Carlo de Savigny da un novello punto di vista così da riuscir quasi ad opposti risultati. La profondità della dottrina, il lusso di erudizione e la seducente genialità della esposizione ci obbligano ad esaminare accuratamente la novella teorica del sommo giurista.

Dopo un profondo ed erudito esame sul concetto dello *Stato* giunge il nostro giurista al seguente risultato: per *Stato* nel proprio significato intendono i Romani il posto che ciascuna persona occupa nella sfera sociale rincontro agli altri. Ora vivendo l'individuo in un doppio rapporto cioè pubblico e privato, devesi distinguere un doppio stato a quei rapporti corrispondente. Nel primo è da annoverare innanzi tutto la libertà e la cittadinanza come condizione fondamentale de' diritti pubblici, così ancora ogni pubblico ufficio come di magistrato, di senatore, di cavaliere, ecc. Se non che avendo i giuristi romani parlato di questo stato in interesse della loro scienza, vale a dire del diritto privato, vollero intendere con la parola *status* quella condizione nel diritto pubblico che ha una grande influenza sul diritto privato; questo è il caso della libertà e della cittadinanza che sono requisiti essenziali alla giuridica idoneità: mentre non è così delle altre condizioni sociali di carattere pubblico

(y) *Gai. Inst. l. 123. III. 114.*

Diritto romano.

come la magistratura, il senatorato, ecc. Nello stato privato al contrario bisogna annoverare ogni rapporto di una persona considerata come tale o le relazioni di famiglia; o altrimenti *Stato* denota sotto questo aspetto la condizione dell'uomo nelle relazioni di famiglia (z). Questi tre *Stati* hanno efficacia sulla idoneità di diritto, i primi due rispetto al diritto pubblico, ma con influenza sul privato, l'ultimo non solo per influenza ma per sua intrinseca natura.

A questi tre stati si riferisce la teoria della *capitis deminutio*, la quale si caratterizza con questa frase: *la degradazione di un individuo nella sua idoneità di diritto*. Se tale degradazione era nella libertà, si soffriva la massima diminuzione di capo; se nella cittadinanza, e specialmente quando da un grado superiore si cadeva in un inferiore, si soffriva la media; quindi così era diminuito un latino, quando diveniva peregrino; e finalmente la minima quando si era degradato nello *status hominis* ossia ne' rapporti di famiglia, e particolarmente in due casi:

1.^o Quando un *homo sui iuris* era messo sotto la patria potestà o in *manum mariti*.

2.^o Quando un figlio di famiglia o una donna *cum conventione in manum* veniva in un mancipio; per mezzo del quale fatto è ancora giustificata la *capitis deminutio minima* per l'emancipato e l'adottato (aa).

Per quanto sia dritto questo tentativo del *Savigny* a voler porre in nuova vista la teoria della *capitis deminutio*, pure crediamo miglior consiglio attenerci alla comune opinione come più vera e meglio confacente allo spirito non solo, ma alla lettera de' nostri fonti.

Non vogliamo contraddire all'opinione del grande giurista sul concetto dello *status*, se non che accettiamo la parola *familia* solamente nel significato che i fonti attribuiscono a questo termine (bb), ossia quel complesso di persone che son sottoposte ad una comune potestà, o che vi sarebbero se non fosse morto il comune genitore; di talchè questa parola, abbracciando l'insieme degli agnati, ci dà un concetto generale di una idoneità giuridica in rapporto al diritto privato. Per la qual cosa giustamente osserva il *Puchta* (cc) essersi falsato il concetto dello *status* in questi ultimi tempi, giacchè si è voluto giudicare dello *status familiae* antico dal diritto posteriore.

Quanto alle due prime specie di *capitis deminutiones*, la comune dottrina si trova nei suoi tratti caratteristici di accordo con quella del *Savigny*, eccetto che il dotto giurista ammette una *capitis deminutio media* nel caso che un Latino addivenga peregrino; principio che non ha riscontro ne' fonti.

In ciò che riguarda poi l'ultima specie della *capitis deminutio* egli si discosta molto dalla comune dottrina, per lo che è d'uopo fare le seguenti considerazioni:

1) Prima di tutto è da osservare che ci pare alquanto esagerata la nota di degradazione o peggioramento nell'attività individuale; i Romani a questo proposito si esprimono con le parole *capitis deminutio, seu status mutatio*; sicchè l'aggiunzione, ch'egli fa in *deterius*, è affatto arbitraria. Che quella sia la sola qualificazione data alla *capitis deminutio* de' giuristi romani, si può osservare in un buon numero

(z) *Savigny*, app. VII. N. VI.

(aa) *Savigny*, I. c. N. XII.

(bb) L. 193. §. 2. de verb. sign. (39. 16.).

(cc) *Puchta*, Corso d'istituzioni V. II. §. 218. nota.

di testi (dd). A ciò il *Savigny* oppone il seguente ragionamento: egli è fuori di dubbio che la *capitis deminutio maxima* e la *media* si caratterizzano per un mutamento in condizione peggiore: ora, se la *minima* non è che parte di questa teoria, si deve in essa logicamente trovare il medesimo carattere: a ciò corrisponde perfettamente la sua dottrina, mentre l'altra disconosce il legame logico delle diverse specie della *capitis deminutio*. Per quanto ingegnoso sia un tale argomento, non ci sembra soddisfacente; imperocchè non è punto vero che i seguaci della comune teoria disconoscano un tale legame logico; ma piuttosto essi lo trovano nel concetto che nasce dalle parole *status mutatio*. Imperocchè ogni cambiamento suppone una perdita, e questo è il carattere generale che informa le tre *capitis deminutiones*. E di vero, anche secondo il nostro modo di vedere, ogni caso della *capitis deminutio minima*, ha in sè una diminuzione nella idoneità di diritto, stantechè, con l'uscir fuori di una determinata agnazione, si perdono tutti quei diritti che a quella vanno congiunti. Vero è che, in luogo della famiglia perduta, l'uomo ne acquista un'altra, che gli offre forse un vantaggio, una migliore condizione; ma resta sempre provato che nel concetto della *capitis deminutio minima* sta la perdita de' diritti di agnazione e per conseguenza una limitazione nella idoneità di diritto. La degradazione adunque può in molti casi essere ben conseguenza di una di queste perdite, ma essa non è mai il principio, nè il carattere delle diminuzioni di capo.

2) Una grande importanza attribuisce il *Savigny* al vocabolo *caput* per sostenere la sua opinione. Con l'autorità del *Niebuhr* afferma, che *caput* denoti la rubrica che ciascun Romano nelle liste censorie avea, con tutto ciò che ai suoi rapporti personali apparteneva. Quando, egli dice, avviene un cambiamento in queste liste, perchè l'individuo entra in un ordine inferiore di diritto (*individuum deterioris iuris*), si ha una *deminutio capitis*; questo è quando un cittadino romano, perdendo la libertà o la cittadinanza, era interamente cassato, come pure quando un padre di famiglia era arrogato, dovendo entrare come figlio in un'altra famiglia. Senza dubbio la idea fissa del dotto giurista berlinese è la degradazione, il mutamento in peggio nella attività giuridica, ed ogni argomento tiene di questa sua preoccupazione.

Noi abbiamo accettato in tutto la opinione del *Niebuhr*, e teniamo altra non poter essere la significazione storica della parola *caput*; ma pure non crediamo che si possa di tanto avvalorare l'opinione del *Savigny* da abbattere del tutto la nostra. Imperciocchè nel modo stesso che un *paterfamilias*, o una donna *sui iuris* per l'arrogazione, o pel matrimonio *cum conventione in manum mariti*, era cassato dal proprio *caput* ed iscritto per converso in quello del padre arrogatore o del marito; nel modo stesso l'emancipato, per mezzo dell'emancipazione, si cancellava dalla lista censoria e propriamente dal *caput* del padre, e veniva iscritto in un proprio (ee); nè altrimenti era per quei figli di famiglia, che anche come tali, passando in un'altra, eran cancellati da un *caput*, ed iscritti nel tempo stesso in quello della famiglia

(dd) *Gai. Inst.* I. 159. — *Ulp.* XI. 13. — *Paul.* I. 7. §. 2., III. 6. §. 29. Pr. §. 3. I. h. t. *Minima capitis deminutio est, quam et civitas et libertas retinetur, sed status hominis commutatur; quod accidit in his; qui, quum sui iuris fuerunt, coeperunt alieno iure subiecti esse, vel contra.* — L. t. h. t. L. 2. de in integrum restit. (4. 1). — L. 9. §. 4 de minor. (4. 4). — L. 28. C. de liber. caus. (7. 16).

(ee) Anche da *Savigny* è ammessa la minima diminuzione di capo per l'emancipato, ma in un senso differente dal nostro. V. più in là numero 4.

in cui entravano, il che, come per gli altri, avveniva pure pe' figliuoli dell' arrogato; ed è credibile che un tal significato storico della parola *caput* non fosse ignorato da' giuristi romani; Paolo al proposito non si poteva esprimere più chiaramente: « *Liberos, qui arrogatum parentem sequuntur, placet minui caput, quum in aliena potestate sint, et quum familiam mutaverint* » (ff).

3) La testimonianza delle leggi non potrebbe con maggior chiarezza certificare la nostra opinione, cioè che la *capitis deminutio minima* consiste nel cambiamento della famiglia romana, e quindi nella mutazione dell'ordine degli agnati. Innanzi tratto, oltre al passo testè citato, così Paolo dice: « *quum et libertas et civitas retinetur, familia tantum mutatur, minimam esse capitis deminutionem constat. — Tutelas etiam non amittit capitis minutio.... Sed legitimae tutelae ex duodecim tabulis intervertuntur eadem ratione, qua et hereditates exinde legitimae, quia agnatis deferuntur, quia desinunt esse familia mutati* (gg) ». A questi passi, che non potevano essere ignorati dal Savigny, egli oppone, ch'essi sieno un saggio non felice di Paolo di fondare razionalmente le tre specie della *cap. dem.*, e che non dovesi attribuir loro una grande importanza, essendo altri frammenti che, allontanandosi dal concetto di Paolo, ci danno il vero carattere della *cap. dem. min.*

I testi, che il Savigny vuol mettere innanzi, son due, e proprio in un luogo Ulpiano così dice: « *Minima capitis deminutio est per quam, et civitate et libertate salva, status demtaxat hominis mutatur* ». D'altra parte Giustiniano afferma a questo proposito: « *Minima capitis deminutio est, cum et civitas et libertas retinetur, sed status hominis commutatur* » (hh). Tra questi differenti passi il Savigny accetta senz'altro quello di Ulpiano e quello di Giustiniano, o di Gaio donde fu tratto il passo delle Istituzioni, confutando quelli di Paolo per triplice ragione: primamente pel significato storico della parola *deminutio*; secondamente per la totale mancanza di connessione logica tra le due prime e l'ultima deminuzione, e finalmente per l'espressione ambigua ed incerta. Secondo lui adunque la questione sta nello scegliere una opinione, rigettando quelle che non corrispondono in tutto e per tutto alla sua maniera di concepire, e ciò, senza dubbio, sarebbe giustificato quante volte si trattasse di eleggere una delle tante opinioni individuali. Non è così quando proprio quei frammenti di Paolo sono stati ammessi nella legislazione di Giustiniano, chè si deggiono considerare come leggi d'un medesimo codice, e però come il pensiero dello stesso legislatore. Che se volessi secondare il dotto alemanno in questa via, o dobbiamo ammettere per questo contraddizioni nelle leggi, o riguardare quali particolari opinioni tutti i frammenti de' giuristi romani accolti nelle Pandette: e qualora in un caso rifiutassimo un frammento di Paolo o d'altro giurista, sarà permesso altre volte non accettare qualunque altro non corrisponda alle nostre speciali concezioni. È poi davvero discordanza tra i passi di Ulpiano e Gaio e quelli di Paolo? Noi nol crediamo, la sola differenza è che in Paolo la teoria è espressa con termini più precisi, mentre in Ulpiano ed in Gaio non così precisamente, ma chiara abbastanza; anzi giusto per questo devono ritenersi i frammenti di Gaio ed Ulpiano nel medesimo senso di quelli di Paolo (ii).

(ff) L. 3. pr. h. 1.

(gg) L. 11. 7. pr. h. 1.

(hh) Ulp. fragm. XI. 13.; — §. 3. J. h. 1.

(ii) Il passo delle istituzioni citato così conchiude: ... *quod accidit in his, qui, quum sui iuris fuerunt, coeperunt alieno iure subiecti esse, vel contra.*

4) Messa da banda la precedente esposizione, anche le conseguenze, che dall'opinione del *Savigny* derivano, non ponno accordarsi colle leggi, nè con altri frammenti degli stessi Ulpiano e Gaio: ed in vero esaminando partitamente i casi della *capitis deminutio minima* si vede che:

a) Secondo il *Savigny* i figliuoli di un arrogato, i quali unitamente col padre entrano nella famiglia del padre arrogatore, non soffrono *cap. dem.*, perchè certamente non v'è in questo caso degradazione di sorta alcuna. Ora ciò contraddice al passo citato di Paolo, nè sonvi leggi di contraria dottrina.

b) Secondo il *Savigny* allora solamente era una donna per la convenzione in *manum* diminuita di capo, quando essa era prima *sui iuris*, non quando era prima sommessata alla patria potestà; però, secondo lui, la minima diminuzione di capo era, almeno in questo caso, conseguenza della qualità personale, dell'esser cioè *sui vel alieni iuris*: mentre in molte fonti, e specialmente in Gaio ed Ulpiano, essa è riguardata come conseguenza della *coemptio*, senza tener conto dello stato antecedente della persona (jj).

c) Da ultimo, secondo lo stesso *Savigny*, evvi minima diminuzione di capo per emancipazione e per *datio in adoptionem*, solamente perchè alla forma di questi atti era necessario che il figlio di famiglia fosse prima posto nel *mancipium*. Da questa opinione discende, che qualora per questi atti non più si richiedesse il *mancipium*, nè l'emancipazione, nè l'adozione dovrebbero arrecare la detta diminuzione. Ma al contrario essa trovasi per l'emancipato e l'adottato ancora nel sistema di Giustiniano, in cui, non essendo più richiesto il *mancipium* per quegli atti, la *cap. dem. min.*, secondo l'opinione del *Savigny*, non avrebbe spiegazione alcuna (kk).

(6) Quanto alle conseguenze della *cap. dem. min.* è d'uopo considerare le seguenti cose:

1) La conseguenza immediata è la perdita de' diritti agnatizii; ma questa conseguenza nella legislazione giustinianea non ha più quell'efficacia ch'avea nel diritto antico, essendochè quasi tutti i diritti di famiglia muovono dalla cognazione, la quale per questa diminuzione non s'altera punto (ll).

2) Essendo il diritto di patronato formato in analogia de' diritti di famiglia, e segnatamente dell'agnazione, si comprende di leggieri, che il patronato viene estinto dalla *cap. dem. min.*, indifferentemente se il patrono venga a soffrirla, o il libero.

3) Uno spiccato cangiamento reca la *cap. dem. min.* alle relazioni obbligatorie del diminuito di capo, e specialmente:

a) Quanto alle obbligazioni evvi il principio generale ch'esse si estinguono per mezzo della *cap. dem. min.*, fuorchè quelle che nascono da un delitto (mm). In virtù di questa legge però non si estingue che l'azione contra il diminuito di capo, onde questi rimane obbligato naturalmente (nn); di più il creditore contro la estinzione

(jj) *Gai.* Inst. I. 162. IV. 38. — *Ulp.* XI. 13. — *Cic.* Top. c. 4.

(kk) §. 3. Inst. h. 1. — L. 3. §. 1. L. 9. conf. con la L. 8. fin. h. 1. — *Puchta*, corso d'istituzioni V. II. §. 218: *Böcking*, Ist. §. 38.

(ll) *Gai.* Inst. I. §. 138. §. 6. Inst. h. 1.

(mm) *Gai.* Inst. III. 84. IV. 38. — L. 2. §. 3. h. 1. *Ulp.* Nemo delictis exuitur, quamvis capite minutus sit.

(nn) L. 2. §. 2. h. 1. *Ulp.* Hi, qui capite minuuntur, ex his causis, quae capitis deminutionem praecesserunt, manent obligati naturaliter; ceterum si postea, imputare quis sibi debet,

ne dell'azione viene garantito col mezzo straordinario della *in integrum restitutio propter capitis diminutionem* (oo). Se il principio anzidetto e la *in integrum restitutio propter capitis diminutionem* abbiano ancora valore nella legislazione giustiniana, è controverso, e segnatamente il Burchardi lo nega recisamente. Egli opina che una simile restituzione, mercè l'editto pretorio, era non più necessaria al creditore dell'emancipato, lo stesso può dirsi per quello dell'adottato, e, in quanto agli obblighi dell'arrogato, la necessità della restituzione è stata totalmente negletta da Giustiniano (pp). Bisogna assolutamente decidersi contro questa opinione; imperciocchè nelle Pandette troviamo solamente, che colui, il quale è uscito dalla patria potestà, deve avere il così detto *beneficium competentiae* per gli obblighi contratti durante la soggezione di quella potestà; ma da ciò non segue, che quelle leggi abbiano implicitamente abolita la restituzione anzidetta; nè si nega che il creditore solamente per mezzo della restituzione in intero possa aver diritto all'azione contro colui che uscì dalla patria potestà. Nulla di nuovo ha statuito Giustiniano nel passo citato delle Istituzioni; imperocchè ivi non si parla d'altro che della pretesione che potrebbe avere il creditore sui beni dell'emancipato, certamente dopo la restituzione nello stato primiero, senza cui è impossibile qualunque azione contro il diminuito di capo. Per la qualcosa le conseguenze sopradette della *capitis diminutio*, e la restituzione in intero, che ne deriva, sono perfettamente ammesse nella legislazione giustiniana.

b) In quanto poi ai diritti di obbligazione, la *capitis diminutio minima* non muta nulla, e non si può parlare della estinzione di essi: perchè se la *capitis diminutio minima* avviene in un *homo sui iuris*, le azioni si trasmettono, salvo poche, al padre arrogatore, od al legittimante; se invece avviene in un *homo alieni iuris*, non potendo questi acquistare per sè, non si può neppure parlare della loro estinzione (qq). Le poche azioni civili, per eccezione date al figlio di famiglia, sono tali da non essere menomamente toccate dalla *cap. dem. min.*: quali sono quelle nascenti da obbligazioni, *quae naturalem praestationem habere intelliguntur*, quelle, cioè, che son dirette ad un naturale provvedimento, come legato di alimenti, legato di abitazione e di opera, azioni per alimenti tra prossimi parenti: queste, e simili restano salve, perchè, come bellamente dice Gaio, la ragion civile non può distruggere i diritti che vengono da natura (rr).

4) Finalmente la *cap. dem. min.* ha efficacia sulle personali servitù, inquantochè per essa si estingue l'uso e l'usufrutto, salvo l'abitazione che rimane intatta, appartenendo a quei diritti *quae naturalem praestationem habent* (ss). Siffatta estin-

cur contraxerit, quantum ad verba huius Edicti pertinet.... Et quidem, si arrogatus sit, nullus labor; nam prinde obligabitur ut filiusfamilias.

(oo) L. 2. §. 1. h. t. Ulp. Ait Praetor: Qui, quove, posteaquam quid cum his actum contractumve sit, capite diminuti diminutae esse dicentur, in eos saepe perinde quasi id factum non sit, iudicium dabo.

(pp) L. 2. quod cum eo. (14. 5.) — §. 3. Inst. de acquil. per arr. (3. 10.). — Burchardi. Della restit. nello stato primiero §. 179. ss.

(qq) Gai. Inst. III. §. 83.

(rr) L. 8. h. t. — Savigny, sist. V. II. §. 71. 72.

(ss) Gai. III. 83.—Paul. III. 6. §. 29. Capitis minutione amittitur, si insulam fructuarius deportetur, vel sic causa metalli servus poeuae efficiatur, ant si statum ex adrogatione vel adoptione mutaverit. — Fragm. Vat. §. 61. — L. 1. pr. §. 1. quib. mod. usufr. (7. 4.).

zione è stata totalmente abolita da Giustiniano, sicchè nel nuovo diritto le servitù personali restano salve, non ostante la minima deminuzione di capo (11).

C. Circostanze modificative della esistenza fisico-giuridica della persona.

§. 17.

1) Dello stato naturale.

I. Intendiamo per stato naturale quella circostanza, per la quale un individuo ha ricevuto l'esistenza fisica in o fuori un legittimo matrimonio; di tal che, in rapporto a questo stato, un figlio può essere legittimo od illegittimo.

1) È figlio legittimo quello che è concepito in legittimo matrimonio, però, movendo dal concepimento, le *iustae nuptiae* sono l'unico fondamento della legittimità; il che è nel diritto nostro espresso con questa massima: *pater is est, quem nuptiae demonstrant*; cioè, quando un fanciullo è nato durante il matrimonio, la legge ha per certo che padre di costui sia il marito della madre (a).

A ciò richieggonsi quattro requisiti: 1) che determinato e certo sia il genitore del fanciullo; 2) che si riconosca una maternità naturale; 3) che un giusto matrimonio unisca queste due persone; 4) finalmente che siavi stato matrimonio nel momento del concepimento. Il secondo ed il terzo di questi requisiti non offrono veruna difficoltà, e, quando potesse nascere dubbio, posson esser provati con mezzi ordinarii; ma non avviene così del primo, e dell'ultimo; imperocchè il concepimento è misterioso ed occulto, ad accertare il quale non valgono, anzi sono impotenti affatto, i mezzi ordinarii di prova. Qualora su ciò sorgesse dubbio, la decisione del magistrato chiamato a stabilire, in qual tempo probabilmente sia stato concepito il fanciullo, si opporrebbe alle guarantee ed allo scopo del diritto; in effetto regola di tale decisione non potrebbe esser, che l'arbitrio di chiunque giudichi un fatto, la cui natura è assolutamente incerta, e che, involgendo in sè l'onore e la tranquillità delle famiglie, debb'esser riguar-

(11) L. 16. §. 2. C. de usufr. (3. 33.)—§. 1. Inst. de acquisit. per arrog. (3. 10.). Ecce enim, quum paterfamilias se in arrogationem dat, omnes res eius corporales, et incorporales, quaeque ei debita sunt, arrogatori antea quidem pleno iure acquirebantur, exceptis iis, quae per capitis deminutionem pereunt, quales sunt operarum obligationes et ius agnationis; usus etenim et usufructus licet his ante connumerabatur, attamen capitis deminutione minima eos tolli nostra prohibuit constitutio. — Ved. Fangerow, o. c. §. 31. annot. 2.

(a) Pr. Inst. de patria potest. (1. 9.). —Ulp. V. §. 1.

dato come d'utilità personale non solo, ma d'interesse morale ancora. Per queste ragioni tutte il diritto ha stabilito di tor via qualunque arbitrio, e giudicare la questione per presunzione, fissando, dalla possibile durata della gravidanza, la nascita legittima di un fanciullo. E, perchè secondo l'autorità d'Ippocrate il parto è perfetto dal 182° giorno dal concepimento, o potendosi nei parti tardivi nascere nel decimo mese, determinossi che un figlio nato dopo il primo termine dalla celebrazione del matrimonio, e nel decimo mese dopo lo scioglimento di esso, è ritenuto figlio legittimo (b). Questa presunzione non è *iuris et de iure*, ma *iuris tantum*, in quanto che non è incompatibile la prova del contrario; difatti, tuttochè fosse nato nel tempo stabilito dalla legge, pure la presunzione di legittimità non ha effetto, quante volte il supposto padre provar potesse che gli è stato impossibile generarlo (c).

2) Negativo è il concetto della illegittimità della prole, cioè a dire vi è illegittimità quando o non esista matrimonio o quando sia nullo. I figli nati da illegittima unione vengono appellati *spurii* o *vulgo quesiti*, e tra questi si distinguono: i *liberi naturales* generati in concubinato, gli *adulterini* procreati in adulterio; e gl' *incestuosi* nati da incesto: ma queste specificazioni non hanno molta importanza giuridica e tutti son detti *spurii* (d).

II. Le conseguenze dello stato naturale sono le seguenti:

1) I figliuoli legittimi hanno giuridicamente padre e madre, i naturali la sola madre; il che vuol dire che fuori del matrimonio non è concepibile la patria potestà; e questi ultimi, seguendo sempre la madre, non possono succedere al padre loro, nè pretendere da lui gli alimenti. Il figlio, se vuol seguire il padre, deve necessariamente provare d'esser stato

(b) L. 12. de statu hom. (1. 3.). *Paul.* Septimo mense nasci perfectum partum, iam receptum est propter auctoritatem doctissimi viri Hippocratis, et ideo credendum est, eum, qui ex iustis nuptiis septimo mense natus est, iustum filium esse. — Ved. anc. L. 3. §. 12. de suis et leg. hered. (38. 16.). — L. 3. de in ius voc. (2. 4.). *Paul.* Mater semper certa est, etiam si vulgo conceperit, pater vero is est, quem nuptiae demonstrant. — *Savigny*, vol. II. app. III. pag. 386. — L. 3. §. 11. de suis et leg. hered. (38. 16.). Post decem menses mortis natus non admittitur ad legitimam hereditatem.

(c) L. 6. de his qui sui vel alien. iur. sunt (1. 6.). *Ulp.* Sed si fingamus, abfuisse maritum, verbigratia per decennium, reversum anniculum invenisse in domo sua, placet nobis Iuliani sententia, hunc non esse mariti filium. Non tamen ferendum Iulianum ait eum, qui cum uxore sua assidue moratus nolit filium agnoscere, quasi non suum. Sed mihi videtur, quod et Saevola probat, si constet maritum aliquandiu cum uxore non concubuisse, infirmitate interveniente, vel alia causa, vel si ea validudine paterfamilias fuit, ut generare non possit, hunc, qui in domo natus est, licet vicinis scientibus, filium non esse.

(d) L. 23. de stat. hom. (1. 3.). *Modest.* Vulgo concepti dicuntur, qui patrem demonstrare non possunt, vel qui possunt quidem, sed eum habent, qui habere non licet; qui et spurii appellantur παρὰ τὴν νόμον. — Ved. §. 11. Inst. de nupt. (1. 10.).

da lui generato in un matrimonio legittimo, se la madre, gli basta provare il tempo in cui fu partorito. Questo principio fu modificato da Giustiniano, il quale in favore della prole stabili, che in ogni caso, si dovesse tener conto del parto e non più del concepimento (e).

2) Pur nondimeno il novello diritto ha temperato alquanto questi principii rigorosi dell' antico, e fino ad un certo punto i figli naturali son considerati come aventi civilmente padre; ed in vero i nati da concubinato possono avere diritto agli alimenti, hanno un limitato diritto alla successione del padre, quando senza dubbio venissero da lui riconosciuti, e finalmente possono esser legittimati per susseguente matrimonio: il che sarà manifesto nelle speciali teorie.

§. 18.

2) Del sesso.

La diversità de' sessi in generale non dà motivo a differenza nelle attenenze giuridiche, e le persone de' due sessi sono egualmente considerate dal diritto privato (a). Questa regola ha due eccezioni:

1) In molti rapporti giuridici l'uomo è anteposto alla donna (b). E di vero nel diritto giustiniano a questa s'interdice ancora ogni pubblico ufficio; dal che ne segue che non può esser tutrice, nè fare solenne testimonianza; le donne nel matrimonio son soggette alla potestà del marito, conseguentemente da lui solo debb' essere amministrata la dote od il patrimonio matrimoniale; in quanto al domicilio la donna segue sempre o quello del padre o quello del marito; di più essa deve osservare l' anno di lutto, mentre ciò non è necessario per l' uomo, e finalmente, non essendo per lei concepibile una patria potestà, non può adottare. Nel diritto antico la condizione di donna produceva una differenza rilevante nelle attenenze giuridiche, essendo essa sottoposta quasi continuamente all' autorità di un uomo.

2) In altri casi la condizione della donna è migliore di quella dell' uomo; per fermo alcuna volta gli errori di diritto, non scusabili, sono scusabili per la donna, e nel diritto penale si applica per lei una pena più mite; la pubertà è fissata per la donna al duodecimo anno, mentre per l' uomo è al quattordicesimo anno compiuto (c).

(e) L. 11. C. de natur. liber. (5. 27.).

(a) L. 1. pr. de V. S. (50. 16). Ulp. Verbum hoc: si quis, tam masculos, quam feminas complectitur. — L. 195. pr. eod.

(b) L. 9. de stat. hom. (1. 5). Ulp. In multis iuris nostri articulis detior est conditio feminarum, quam musculorum. — L. 45. pr. de legatis (31).

(c) L. 5. §. 3. C. ad Leg. lul. maies. (9. 8). Arcad. et Honor.... Mitior enim circa eas debet esse sententia, quas per infirmitate sexus minus ausuras esse confidimus. — N. 134. c. 9. 10.

3) Intorno alla questione, quali diritti debbansi riconoscere nell'ermafrodito, i Romani stabilirono di riconoscere i diritti di quel sesso che in lui prevale (d).

§. 19.

3) Dell'età.

Savigny, Sist. v. III. §. 106. ss. — Böcking. Istit. I. §. 38. *Idem*. Del patrimonio dei minori nel diritto romano, e particolarmente della legge Pleatoria, Berlino 1833.

I. Perchè un individuo avesse la facoltà di operare è d'uopo abbia tutta la coscienza delle proprie azioni o la idoneità del suo arbitrio. Ora è manifesto, che l'uomo, immediatamente dopo la nascita, difetta assolutamente dell'uso della ragione, e quindi della libertà del suo consiglio, e che non acquista la perfetta coscienza dell'esser suo, se non dopo un tempo di regolare svolgimento delle forze fisiche ed intellettive. Ma come la natura non va a salti, ma ascende per gradi, tra questi due estremi vi sono punti intermedii, in cui la idoneità è imperfetta, e che o all'uno o all'altro di quelli si avvicina; il diritto perciò riconosce quattro gradazioni nell'età, alle quali assegna diversa capacità di operare.

1. *L'Infantia*, che incomincia dalla nascita e termina al settimo anno compiuto, è lo stato in cui l'uomo non ha ancora l'uso della lingua, *infantes qui fari non possunt* (a). Il che non debbesi prendere per la totale mancanza della favella, ma anche per l'uso di essa senza la coscienza di ciò che s'asserisce.

2) *Infantia maior*: in questo stato trovasi quegli, che ha l'uso della lingua, *qui fari potest*: cioè che parla consapevolmente, ma che è incapace di generare. Questo stato incomincia dal settimo anno compiuto e termina al decimoquarto pei maschi, e al dodicesimo compiuto per le femmine. Queste due prime gradazioni della età prese insieme sono appellate *impubertà*, e gl'individui *impuberes*, *pupilli* (b).

(d) L. 10. de stat. hom. (1. 5). *Ulp.* quaeritur, hermaphroditum cui comparamus? et inquis puto huius sexus aestimandum, qui in eo praevallet. — *Gai.* Inst. II, §. 113.

(a) L. 65. §. 3. ad SC. Trebel. (36. 1). — L. 1. §. 2. de admini. (26. 7). *Ulp.*... Licet igitur erit, utrum malint ipsi suscipere iudicium, an pupillum exhibere, ut ipsis auctoribus iudicium suscipiatur, ita tamen, ut pro his, qui fari non possunt, vel absint, ipsi tutores iudicium suscipiant. — L. 70 de V. O. (45. 1). *Ulp.*... placebat ex stipulatu actionem non esse, quoniam qui fari non poterat, stipulari non poterat. — L. 6. rem pup. (46. 6). *Gai.* Servus pupilli stipulari ita necesse est, si pupillus abest, aut fari non potest, nam si praesens sit, fari potest, etiam si eius aetatis erit ut non intelligat quid agat, etc. — L. 30. §. 2. 4. de fid. com. liberi. (40. 5). — L. 1. C. ad SC. Tert. (6. 56).

(b) L. 141. §. 2. de V. O. (45. 1). *Gai.* Pupillus licet, ex quo fari coeperit, recte stipulari potest, etc. — L. 5. de R. I. (50. 17). — L. 6 rem pup. (46. 6). ved. noi. prec.

3) La *Pubertas*, la quale incomincia dall'anno decimoquarto compito o dal dodicesimo per le femine, termina al venticinquesimo anno compito (1). Le persone in questo stato chiamansi *adolescentes, puberes, minores*.

4) Finalmente la maggiore età è dall'anno vigesimoquinto in poi: l'uomo, giunto a questa età, è da quinci innanzi sempre detto maggiore, nè v'ha termine che fissi lo stato di vecchiezza (*senectus*).

II. Ora il diritto, seguendo lo svolgimento naturale della persona, che, dalla mancanza perfetta d'intelligenza e libertà, a mano a mano avanzando, perviene alla lucida pienezza di entrambe, stabilisce una diversa misura e tutela per ciascuna delle esposte gradazioni.

1) Ed in vero, egli è chiaro di per sè, che gl'infanti, non avendo l'uso della lingua o parlando senza coscienza, siano perfettamente privi di volontà, inidonei a fare qualunque atto giuridico, e del tutto incolpabili in qualsivoglia loro azione. È dunque necessaria un'altra persona che operi per loro, e sono perciò sottoposti senza eccezione veruna al tutore (c).

2) Le limitazioni giuridiche della seconda età son regolate da due criterii, perchè l'*infantia maior* è stata bipartita, modificando così grandemente il diritto antico. Dapprima si pose mente a quei giovanetti di questa età, i quali, essendo prossimi a pubertà, partecipavano dell'attitudine intellettuale pienamente ammessa a' puberi, e vennero appellati *pubertati proximi*. In essi fu riconosciuta una parte di capacità giuridica, e proprio potevano imprendere, senza che il tutore interponesse l'autorità, quei negozii, ne' quali non eravi pericolo di diminuzione pel loro patrimonio; e però furon detti idonei a *stipulari*, incapaci a *promittere*, perchè a questo era congiunto il rischio della perdita, mentre nello *stipulari* v'era guadagno. Ferma restò l'antica massima della perfetta incapacità dell'impubere per coloro, che, avendo di poco compito il settimo anno, furon chiamati *infantiae proximi*, temperandola nondimeno con un *ius singulare*; perciocchè *utilitatis causa* s'accordò loro una certa idoneità a' negozii lucrativi (*stipulari*), che l'*infantiae proximus* poteva compiere da sè, mentre quando prometteva, non lo poteva senza l'autorità del tutore. Onde la differenza in queste due gradazioni era, che pe' prossimi alla pubertà la libertà di agire nello *stipulari* veniva per norma generale di diritto; ai prossimi alla infanzia fu concessa in virtù di un *ius singulare*; più, i primi erano pienamente tenuti per le obbligazioni *ex delicto* (d) (2).

(c) §. 10. Inst. de iust. stip. (3. 19). Sed quod diximus de pupillis, utique de his verum est, qui iam aliquem intellectum habent; nam infans et qui infanti proximus est, non multum a furioso distant, quia huius aetatis pupilli nullum habent intellectum. — L. 70. d. V. O. (43. 1). — L. 1. §. 2. de adm. et peric. int. (26. 7). ved. not. a.

(d) §. 9. Inst. de iust. stipul. (3. 19). Pupillus omne negotium recte gerit, ita tamen ut,

Considerata nell' insieme tale gradazione delle prime due età si ha:

a) l'infante, incapacità perfetta di operare; per lui opera in ogni caso il tutore;

b) l'*infantiae proximus*: capacità imperfetta pei negozii in cui entra il *promittere*, in quanto può agire, ma con l'autorità del tutore; intera capacità nello *stipulari*, potendo operare da sé; incapacità assoluta per le obbligazioni *ex delicto*;

c) il *pubertati proximus*, una certa capacità nel *promittere*, operando con l'autorità del tutore; perfetta capacità nello *stipulari*, senza l'autorità del tutore; capacità di obbligarli *ex delicto*, purchè si provi la intelligenza nel delinquere (3).

3) Il principio del decimoquinto anno segnava pel Romano il momento solenne della sua vita, in cui, spogliandosi della *pretexta*, e vestendo la toga virile, da fanciullo addiveniva uomo. Questo atto solenne produceva tre conseguenze giuridiche di massima importanza: il pubere usciva di tutela, poteva disporre del suo patrimonio per testamento, ed era capace di contrarre matrimonio (c). Da ciò è chiaro, che l'uomo a quindici anni avea tutta la libertà delle proprie azioni. Facendo salve queste tre importanti conseguenze, la capacità dei puberi fu alquanto modificata nel sesto secolo di Roma dalla legge *Platoria*, la quale stabilì l'età legale, *legitima aetas*, indistintamente per tutti al venticinquesimo anno compiuto (f). Effetto di questa importante legge fu una serie di disposizioni, le

sicubi tutoris auctoritas necessaria sit, adhibeatur tutor, veluti si ipse obligetur; nam alium sibi obligare etiam sine tutoris auctoritate potest. §. 10... Sed in proximis infanti propter utilitatem eorum benignior iuris interpretatio facta est, ut idem iuris habeant, quod pubertati proximi.— L. 1. §. 13. de Ob. et Ac. (44. 7). Gai. Huic proximus est, qui eius aetatis est, ut non dum intelligat, quid agatur; sed quod ad hunc, benignius acceptum est, nam qui loqui potest, creditur et stipulari, et promittere recte posse.— L. 9. de acquirenda vel am. hered. (29. 2).— L. 141. §. 2. de V. O. (45. 1).— §. 18. Inst. de oblig. quae ex delictis. Et placet, quia furtum ex affectu consistit, ita deum obligari eo crimine impuberem si proximus pubertati sit, et ob id intelligat se delinquere. — L. 23. de furtis (47. 2). Ulp. Impuberem furtum facere posse, si iam doli capax sit, Iulianus libro vigesimo secundo Digestorum scripsit. — Ved. anc. L. §. 2. ad leg. aquil. (9. 2). — L. 111. pr. de R. I. (50. 16). Gai. Pupillum, qui proximus pubertati sit, capacem esse et furandi, et iniuriae faciendae. — L. 3. §. 1. de iniur. (47. 10). — L. 2. §. 19. vi bon. rapt. (47. 8). etc.

(c) L. 3. qui test. fac. (28. 1). Ulp. A qua aetate testamentum vel masculi, vel feminae facere possunt, videamus. Verius est, in masculis quidem quantum decimum annum spectandum, in feminis vero duodecimum completum.— L. 15. de vulg. et pup. subst. (28. 6).— L. 4. §. 3. C. qui test. (6. 22).— Gai. Inst. II. §. 113.— Paul. III. 4. §. 1.— L. 9. de spons. (23. 1).— L. 32. §. 27. de donat. int. vir. et ux. (24. 1).— L. 4. de R. N. (23. 2). Pomp. Minorem annis duodecim nuptam tum legitimam uxorem fore, quam apud virum expresset duodecim annos.

(f) L. 2. C. Th. de donat. (8. 12).— L. nn. C. Th. de his qui ven. (2. 17).— L. ult. in f. de appell. (49. 1). Scæv. Idem et in curatoribus observandum est, si interim adultus ad legitimam aetatem pervenit. — ved. L. 1. 6. de minoribus (4. 4).

quali indirettamente cercarono tutelare gl'interessi de' minori di anni 25. Così in prima si minacciò di pene criminali colui, che in un affare col minore si comportasse fraudolentemente; quindi seguì l'altro mezzo del diritto pretorio molto più importante, cioè la restituzione in intero concessa al minore, per qualunque affare ed omissione, che gli arrecasse pregiudizio, e finalmente Marco Aurelio, affinchè si mantenesse intatto il patrimonio del minore, ordinò che questi fino all'età legale fosse sottoposto al curatore. Di talchè senza contraddire del tutto all'antico principio, si restrinse alquanto la capacità del pubere in quegli affari, che potevano arrecar pregiudizio al suo patrimonio.

Il minore poteva addivenir maggiore anche prima della età legale per speciale concessione dell'Imperatore (*venia aetatis*), purchè non avesse meno di 20 anni, se uomo, di 18, se donna, e purchè avesse dato pruova della sua piena intelligenza; con tutto ciò egli non era perfettamente equiparato ai maggiori, specialmente nelle alienazioni (g).

4) L'ultima gradazione dell'età, poichè comprende lo stato perfetto della persona, non ha uopo qui di particolare esame.

ANNOTAZIONI

(1) Il punto che fissa il cominciamento della pubertà, nell'anno decimoquarto o duodecimo compiuto secondo il sesso, era controverso tra i romani giuristi; e qualunque questa questione risolta dall'imperatore Giustiniano abbia perduta ogni importanza, pure alquanto influenza ha prodotta anche oggidì nelle scuole.

Giustiniano fa ricordo di un'inchiesta corporale per accertare la pubertà, e l'abolisce come indecorosa ed immorale (h). Le opinioni, che si teneano su ciò da giurisperiti, erano le seguenti. I Sabiniani, pigliando argomento dallo svolgersi delle forze naturali, chiedevano la maturità della età, e ne ammettevano la inchiesta: i Proculiciani al contrario stabilivano per punto fisso il quattordicesimo anno compiuto: finalmente Prisco temperando l'una e l'altra opinione, o veramente, integrando quella de' Sabiniani, accettava il quattordicesimo anno compiuto, ma voleva se ne facesse la pruova; così che secondo la opinione di Prisco la durata della impubertà mai era accorciata, ma poteva allungarsi, dovendo dar luogo al naturale progresso della vita (i). Egli sembra, che la opinione de' Sabiniani fosse stata careggia-

(g) L. 2. 3. C. de his qui ven. aet. (2. 43).

(h) Fr. Inst. quih. mod. tut. (1. 22). Pupilli pupillacque, quum puberes esse coeperint, tutela liberantur. Pubertatem autem veteres quidem non solum ex annis, sed etiam ex habitu corporis in masculis aestimari volebant. Nostra autem maiestas dignum esse castitate temporum nostrorum bene putavit, quod in feminis et antiquis impudicum esse visum est, id est inspectionem habitudinis corporis, hoc etiam in masculos extendere; et ideo, sancta constitutione (Lex 3. C. cit.) promulgata, pubertatem in masculis post quartum decimum annum completum illico initium accipere disposuimus, antiquitatis normam in feminis personis bene positam suo ordine relinquentes, ut post duodecim annum completum viri potentes esse credantur.—L. 3. C. quando tut. (3. 60).

(i) Gai. Inst. I. §. 196. — Ulp. XI. §. 28.

ta in Roma assai più di quella tutta positiva de' Procleiani; e, per fermo, la prima si poggia su due stabili fondamenti, quali sono la natura ed i costumi tradizionali del popolo romano. Nessuno ignora avvenire raramente, che giusto nell'ultimo giorno del quattordicesimo anno il giovine acquisti tutta la maturità di mente e di corpo da non aver bisogno di tutore, e da essere atto a contrarre matrimonio; ma vi sono tarde e precoci crescenze. D'altra parte l'entrare della pubertà era segnato da un atto solenne, per cui il garzone romano, spogliandosi ai quattordici anni della veste giovanile, prendeva l'abito dell'uomo, la toga virile. Ma sia perchè, essendo quest'atto celebrato nel giorno 17 di marzo, i giovanetti, che compivano il quattordicesimo anno dopo di questo tempo, prendevano la toga l'anno appresso, sia per ragioni naturali di tardiva pubertà, si vestiva la toga ai 16, 17, sia anche ai 21 anni, come avvenne per Calligola (k). Pure quantunque salda, la opinione de' Sabiniani non poteva contrastare alla ragione positiva de' Procleiani; in conferma di che eravi l'usanza generale, tranne qualche caso, di dichiarare pubere il giovane, che avea compiuto l'anno decimoquarto. Nè guari da ciò dissentiva la dottrina dei Sabiniani, i quali fissavano in tesi generale questo termine quale principio della pubertà; ma solo in una questione di fatto volevano si ricorresse alla indagine, ed in questo senso si dee specialmente prendere la opinione media di Prisco (l). Questa questione ha perduta ogni valore giuridico, avendo Giustiniano, come abbiain detto innanzi, sentenziato in favore dei Procleiani, non ammettendo per moralità l'inchiesta sopradetta (m). Con tutto questo sonvi anch'oggi degli scrittori, che vengono nella opinione de' Sabiniani solamente per l'importanza d'una accertata pubertà nella celebrazione del matrimonio (n). Perchè si affermi ciò dopo le citate leggi di Giustiniano, bisogna che vi siano argomenti che abbiano qualche apparenza di vero; ed in fatti l'intrinseca natura del matrimonio, e qualche passo dei Digesti hanno indotto questi moderni giuristi a creder fondata anche nella legislazione giustinianea la inchiesta corporale. E certamente la pubertà, intesa nel senso naturale, ha pel matrimonio maggiore importanza che non per la tutela e pel testamento; dippiù la lettera de' fonti è alquanto dubbia; in vero, mentre per le donne si richiede espressamente il duodecimo anno, per gli uomini si fa menzione della pubertà, senza determinare proprio il 14.^o anno (o).

Tutti questi argomenti non reggono, imperciocchè, indipendentemente dalle ragioni addotte dal Savigny, è inconcepibile che in un sistema di diritto si potesse ammettere una determinazione, la quale in altro luogo è stata espressamente dichiarata immorale dal legislatore medesimo.

(2) Non si può debitamente comprendere il valore giuridico della suddetta divi-

(k) Sueton. Caligula c. 10.

(l) Savigny, Sist. vol. III. §. 109.

(m) V. not. h.

(n) Grimmer, Storia del diritto, I. §. 120.

(o) L. 9. de spons. (23. 1). — L. 4. de R. N. (23. 2). Pomp. Minorem annis duodecim nuptam tunc legitimam uxorem fore, quum apud virum explesset duodecim annos. — L. 32. §. 27. de donat. int. vir. et ux. (24. 1). — L. 11. §. 3. quod fals. tut. (27. 6). Inf. Iulianus libro vicesimo primo Digestorum tractat, an etiam in patrem debeat dari haec actio, qui filiam minorem duodecim annis nuptam dedit. — Pr. Inst. de Nupt. (1. 10). Iustas autem nuptias inter se cives Romani contrahunt, qui secundum praecipia legum coeunt, masculi quidem puberes, feminas autem viripotentes. — Savigny, Sist. III. §. 110.

sione della età, se prima non si tenga conto del progresso storico fatto su ciò. Per regola fondamentale di diritto antico gl'impuberi eran del tutto incapaci di atti legali, e la distinzione tra infanzia ed infanzia maggiore mancava di pratica importanza. Se questo discendeva esattamente da' dettami del diritto rigoroso, non di meno arrecava imbarazzo e nocimento agl'impuberi, quante volte si trattasse di quei negozii, nei quali non ammettevasi l'autorità di chiunque non era il direttamente interessato, come di mancipazione, di stipulazione e simili, messa anche da banda la sconvenienza che la totale incapacità degl'impuberi si cangiasse in un subito nella perfetta capacità de' puberi. Per rimuovere i detti sconi si venne ad un temperamento, e fu questo: esaminando meglio lo svolgimento della persona, si vide, che, sebbene al tempo della pubertà le forze intellettive e fisiche giungano a perfetto stato, pure l'intelligenza e la morale libertà cominciano a mostrarsi a mano a mano negli anni precedenti, ed anche prima della pubertà evvi alquanto lume d'intelligenza, e coscienza delle proprie azioni. Posto adunque questo gradual progresso della mente, la legge permise agli adolescenti prossimi a pubertà di liberamente compiere quegli atti legali, che niun danno arrecar poteano al loro patrimonio: ma per converso restrinse questa libertà, qualora fosse a temere alcuno discapito per essi, e però senza autorità del tutore, i prossimi a pubertà non poteano *promittere*. Pur tuttavia gli sconi notati di sopra, benchè avviati in parte, rimaneano sempre per que' pupilli, che di poco varcato aveano l'età dell'infanzia, a' quali niun atto legale era permesso d'impredere; onde convenne in virtù d'una favorevole e benigna interpretazione accordare anche a costoro la medesima larghezza d'operare. Il quale *iuris singulare* dopo la precedente determinazione è ricordato nel §. 10. Inst. de inut. stip. (3. 19) — *Sed quod diximus de pupillis utique de his verum est, qui iam aliquem intellectum habent: nam infans, vel qui infanti proximus est... nullum habent intellectum. Sed in proximis infanti, propter utilitatem eorum, benignior iuris interpretatio facta est, ut idem iuris habeant, quod pubertati proximi (p).*

(3) Difficile è però assegnare il termine che separa l'età prossima all'infanzia da quella prossima a pubertà. Tre opinioni si sono levate su ciò: la prima divide esattamente il tempo dell'*infantia maior*, ed assegna come termine i 10 anni e mezzo pei maschi, i 9 e mezzo per le donne (q). Altri per contrario, seguendo il progresso delle facoltà soggettive, prossimo all'infanzia chiamano l'adolescente, la cui intelligenza è mal ferma e poco svolta, e prossimo a pubertà quegli, in cui si prova essere maturità di giudizio. Finalmente la terza opinione è quella del *Savigny*, il quale intende questo termine nel senso letterale, dicendo che l'età prossima all'infanzia è quella che corre dal settimo all'ottavo anno, e la prossima a pubertà quella che è tra il decimoterzo e il decimoquarto, o, se parlasi di donna, tra l'undecimo e il duodecimo anno (r). Ognuna delle quali opinioni ha difficoltà ed inconvenienze.

(p) V. anc. L. 6. rem. pupil. (46. 6). Ved. not. a. — L. 1. §. 13 de Ob. et Act. (44. 7). — Ved. not. d. — L. 9. de acq. vel om. hered. (29. 2). *Paul.* Pupillus si fari possit, licet huius aetatis sit, ut causam acquirendae hereditatis non intelligat, quamvis non videntur scire huiusmodi aetatis puer — neque enim scire, neque decernere talis aetas potest, non magis, quam furiosus — tamen cum tutoris auctoritate hereditatem acquirere potest; hoc enim favorabiliter iis praesistatur.

(q) V. *Accursio* ad L. pupillum.

(r) *Savigny*, Sist. III. §. 107.

E di vero la prima sarebbe logica, se potessimo determinare il punto fisso, in cui incomincia la forza dell'intelligenza, e questo punto è anche più arbitrario, quando non viene additato dalla legge. La seconda opinione ha senza dubbio un valido fondamento, ed è affatto razionale: ma se noi ci attenessimo meramente al naturale svolgersi dell'intelletto, inciamperebbero nella inconseguenza di dichiarar prossimo a pubertà un giovanetto di otto anni, sol perchè rapida nel progredire fu la sua mente; e d'altra parte diremmo all'infanzia prossimo l'adolescente di 13 anni, la cui intelligenza fosse torpida. Finalmente la opinione del *Savigny*, benchè sembri conforme alle leggi, non ha valore nessuno. Difatto qual nome ha l'età che corre dall'ottavo al decimoterzo anno pe' maschi, o dall'ottavo all'undecimo per le donne? L'appellativo è certamente necessario per determinare la capacità legale; e noi domanderemo: è all'infanzia o alla pubertà prossimo l'adolescente di undici anni? potrà egli insomma essere obbligato *ex delicto* come i prossimi alla pubertà, o non sarà punto responsabile civilmente di un'azione eriminosa, come quelli che sono prossimi all'infanzia? Ecco il grave imbarazzo in cui mette quella opinione. A noi pare conveniente prescegliere un principio conciliativo della prima e della seconda opinione, considerando ognora incapace di propria volontà e prossimo all'infanzia il garzone che compiuto non abbia il decimo anno e mezzo, o la giovanetta che sia minore di 9 anni e mezzo: ma compiute l'età anzidette, l'uno e l'altra saranno reputati prossimi a pubertà, qualora in essi traluca una certa maturità di consiglio: di guisa che, dato che un impubere commetta un delitto, s'egli è minore degli anni 10 e mezzo, si riterrà incolpabile, se maggiore, il giudice dovrà ricercare con una *causae cognitio* se l'impubere ebbe coscienza di delinquere (s).

§. 20.

4) Della sanità di corpo e di spirito.

I. La mancanza di sanità può perturbare la capacità di una persona in modo da restringere la sua attività giuridica. Il difetto di sanità corporale può manifestarsi o per *morbum*, o per *vitiū*.

1) Per morbo intendevano i Romani la malattia nel vero significato, ossia un'affezione morbosa passeggera, che inabilita l'uomo per un tempo più o meno lungo. I Romani per una legge antichissima tenevan conto di una specie di malore, appellato *morbus soticus* o *morbus maior*, quando la malattia ad una persona impediva una giuridica operazione (a). Il mor-

(s) V. *Genster*, dei prossimi all'infanzia ed alla pubertà: Archivio civile IV. 18. — *Dirksen*, Museo del Reno I. pag. 180. ss.

(a) L. 113. de V. S. (50. 16). *Iavol.* Morbus soticus est, qui cuique rei nocet. — L. 60. de re iud. (42. 1). *Iul.* Quaesitum est, quum alter ex litigatoribus febricitans discessisset, et iudex absente eo prouuntiasset, an iure videretur prouuntiasse. Respondit, morbus soticus etiam iuvitis litigatoribus ac iudice diem differt. Soticus autem exsilimandus est, qui cuiusque rei agendae impedimento est; litigandi porro quid magis impedimento est, quam motus corporis contra naturam, quem febrem appellant? igitur si rei iudicandae tempore aliter ex litigatoribus febrem habuit, res non videtur iudicata. Potest tamen dici, esse aliquam et febriū

bo faceva sì che la persona ammalata era negli affari di diritto considerata come assente.

2) Per *vitium* intendevasi un' infermità perpetua, od anche la mancanza di un organo essenziale del corpo umano, come il sordomutismo, la sordaggine, la cecità, lo stato del castrato, del mutilato, e simili (b). Effetti del vizio sono: o la totale inettitudine a quegli atti, ne quali è necessario l'organo che difetta; così l'eunuco non è atto a contrarre matrimonio, nè può quindi adottar figliuoli, perchè, non potendo avere naturalmente potestà paterna, gli è anche contraddetto di averla civilmente (c); o una maggior limitazione nell'esercizio de' diritti, perciò si accrescono le formalità volute dalla legge, com'è pel cieco nel testare. Generalmente poi l'uomo è sottoposto alla cura per quegli affari, in cui è da un vizio impedito (d).

Le malattie dello spirito vengono da un disordine delle facoltà mentali, o da un indebolimento fino alla totale sterilità di esse. Quelli che son presi da tale sventura sono appellati *dementes*, *furiosi*; *dementes* diconsi coloro, la cui mente non ha vita piena o manca affatto, *furiosi* quelli, il cui spirito è attivo, ma irregolarmente, ed è spesso sì fattamente perturbato, che l'uomo opera al contrario di come dovrebbe. E gli uni e gli altri sono riguardati egualmente dalla legge: vale a dire, privi essendo di ogni uso di ragione, son creduti del tutto incapaci di qualunque atto giuridico e di aver cura del proprio patrimonio, e loro viene assegnato un curatore (e). La sola differenza tra il demente e il furioso è che per quest' ultimo sono possibili i lucidi intervalli, ne quali egli non è più considerato come infermo di mente, sicchè validi civilmente sono gli atti compiuti nel lucido intervallo (f), mentre pel demente non si dà mai questo stato.

differentiam; nam si quis sanus alias ac robustus tempore indicandi levissima febre correptus fuerit, aut si quis tam veterem quartanam habeat, ut in ea omnibus negotiis superesse soleat, poterit dici, morbum soticum non habere.—L. 63. §. 1. de aed. ed. (21. 1).—L. 46 de iudiciis (5. 1).

(b) L. 101. §. 2. de V. S. *Modest.* Verum est, morbum esse temporalem corporis imbecillitatem, vitium vero perpetuum corporis impedimentum, veluti si talum excussit; nam et luscus itaque vitiosus est.

(c) §. 9. Inst. de adopt. (1. 11). Sed et illud utriusque adoptionis commune est, quod et li qui generare non possunt, quales sunt spadones, adoptare possunt; castrati autem non possunt.—L. 2. §. 1. —L. 40. §. 2. de adopt. (1. 7). —L. 6. §. 1. de lib. et post. (28. 2).

(d) §. 4. Inst. de cur. (1. 23). Sed et mente captis, et surdis, et mutis, et qui morbo perpetuo laborant, quia rebus suis superesse non possunt, curatores dandi sunt.

(e) §. 3. 4. Inst. de curat. (1. 23). Furiosi quoque et prodigi, licet maiores vigintiquinque annis sint, tamen in curatione sunt agnatorum ex lege duodecim tabularum: sed solent Romae praefectus urbi vel praetor, et in provinciis praesides ex inquisitione iis curatores dare. T. D. de curat. far. (27. 10).

(f) §. 1. Inst. quib. non est perm. test. (2. 12). Furiosi autem si per id tempus fecerint

I prodighi, quelli cioè che giudizialmente sono stati dichiarati non atti a serbare e migliorare il loro patrimonio, sono per molti capi pareggiati ai furiosi; onde essi, come questi, sono sottoposti alla cura, con questa differenza che i furiosi son totalmente incapaci di azioni, mentre i prodighi, quando non si tratti d'alienare i loro beni, operano con piena attività, quindi son affatto imputabili delle loro azioni, ed hanno una certa libertà d'operare anche senza il curatore (g).

§. 21.

5) Della Religione.

T. C. de haereticis et Manichaeis et Samaritis (1. 5); de apostat. (1. 7); de Iudaeis et Coelicolis (1. 9); de paganis (1. 11).

La differenza delle credenze religiose non mai era stata in Roma cagione di restrizione di diritti, finchè la cristiana non fu dichiarata religione dello Stato: ma d'allora si stabilì che la differenza delle professioni di fede limitasse l'attività giuridica; di guisa che coloro che non seguivano la fede cristiana, o che si discostavano dai dommi ortodossi, erano incapaci di alcune azioni legali o sottoposti a pene più o meno gravi. Di questi si facevano comunemente quattro classi: cioè pagani, giudei, eretici, ed apostati.

1) Pagani eran coloro che professavano tuttora le antiche credenze, e non erano per nulla convertiti alle nuove idee del cristianesimo. Essi venivano più o men tollerati dallo Stato, e non di rado s'infliggevano loro pene più severe. Ma pure nel diritto privato, in cui ben poco era limitata la loro attività, essi erano quasi in tutto pareggiati ai cristiani (a).

2) Più rilevante è la differenza nel diritto privato riguardo agli ebrei, ai quali, benchè per regola generale loro si dessero diritti eguali ai cristiani (b), era negata in parte la capacità; laonde vietato era il matrimonio tra cristiani ed ebrei a pena di essere tale unione punita come adulte-

testamentum, quo furor eorum intermissus est, iure testati esse videntur; certe eo, quod ante furorem fecerint, testamento valente; nam neque testamenta recte facta, neque ullum aliud negotium recte gestum postea furor interveniens perimit. — L. 6. C. de curat. fur. (5. 70). — L. 9. C. qui test. fae. pos. (6. 22).

(g) V. oltre alle leg. cit. L. 9. §. 7. de reb. cred. (12. 1). — L. 6. de V. O. (45. 1).

(a) L. 6. C. de paganis (1. 11).

(b) L. 8. 15. C. de Iudaeis (1. 9).

rio (c), ed alla donna ebrea come l'eretica non davasi diritto ai privilegi dotali (d).

3) Maggiore severità ed intolleranza appare nelle leggi verso gli eretici, cioè verso quei cristiani la cui dottrina fu dichiarata eresia dai concilii ecumenici. Molte erano le sette religiose formatesi ne' primi secoli dell'era volgare nel mezzo della cristianità, ed ai seguaci d'alcune di esse la legge negava interamente ogni diritto, come ai Manichei ed ai Donatisti (e). Quanto agli altri eretici erano limitati in ciò, ch'essi non potevano disporre per atto di ultima volontà, e nè acquistare per esso, purchè non ritrattassero i loro errori, non avessero figliuoli ortodossi, giacchè in questi casi era riconosciuta la loro successione; e da ultimo la donna eretica maritata non avea i benefici dotali (f).

4) Finalmente gli apostati, ossia coloro che rinnegavano l'ortodossia furono minacciati colle medesime pene degli eretici, ed incapaci erano massimamente di testare, e di acquistare per testamento (g).

§. 22.

6) Del domicilio.

T. D. Ad Municipalem et de incolis (30. 1) — C. de municipibus et originariis (10. 38) eod. de incolis et ubi quis domicilium habere videtur, etc. (10. 39.) — Savigny, *Sist. V. VIII. §. 350.*

Intendiamo per domicilio di una persona quel luogo, ch'è centro e sede della sua vita civile, e della giuridica attività (a).

1) Perchè un luogo sia riconosciuto come legale domicilio, bisogna che una persona col corpo vi dimori e coll'animo, o, più chiaramente, è d'uopo che la persona non solo vi risegga, ma abbia ancora la ferma intenzione di rimanervi. Similmente il domicilio vien perduto legalmente

(e) L. 6. eod. *Valent. Theod. Arcad.* Ne quis christianam mulierem in matrimonium iudaeus accipiat, neque iudaeae christianus coniugium sortiatur. Nam si quis aliquid huiusmodi admisit, adulterii vicem commissi huiusmodi crimen oblinebit, libertate in accusandum publicis quique vocibus relaxata.

(d) N. 109.

(e) L. 4. C. h. t. (1. 3).

(f) L. 19. 21. 22. eod. — N. 109. 115. c. 3. §. 14.

(g) L. 2. 3. 4. C. h. t. (1. 7).

(a) L. 7. C. de incol. (10. 39). *Diocl. et Maxim.* . . . ubi quis laudem rerumque ac fortunarum suarum summam constituit, unde rursus non sit discessurus, si nihil avocet; unde quum profectus est, peregrinari videtur, quod si rediit, peregrinari iam desinit. — L. 203. de V. S. (30. 16). — L. 17. §. 13. h. t.

animo et corpore contrario, il che significa, che non basta la sola assenza corporale dal luogo, ma vi abbisogna la ferma intenzione di non più tornarvi (b). Da ciò risulta che il domicilio è di sua natura volontario (c).

2) Pur nondimeno alcune persone hanno dalla legge assegnato il loro domicilio, e questo dicesi allora necessario (d); così gl'impiegati dello Stato hanno il loro domicilio nel luogo del loro ufficio, i militari lo hanno dove riseggono. Qualche volta esso suol essere fondato dalla pena, per modo che il relegato ha il domicilio legale nel luogo dove sta espiando la pena (e).

Il domicilio della donna è quello del marito, del figlio di famiglia quello del padre, e finalmente il domicilio del liberto e dei suoi figli è quello del patrono (f). Ma riguardo ai figli di famiglia avvi una distinzione, in quanto ch'essi ponno considerarsi o come incapaci d'imprendere negozii civili, ed allora avranno sempre per domicilio quello del padre, o come giuridicamente idonei, ed avranno così la facoltà di scegliere diverso domicilio (g).

3) Generalmente non si può avere che un sol domicilio, ma incontra spesso che una persona abbia più sedi della sua vita civile, il che è specialmente pei mercatanti; in questo caso il domicilio da stabilirsi nelle questioni di diritto è quello, che in tali casi è fissato per convenzione delle parti (h).

4) È possibile che una persona non abbia domicilio (i), ed allora ha

(b) L. 20. 27. §. 1. b. t.

(c) L. 31. b. t. *Marcel.* Nihil est impedimento, quominus quis, ubi velit, habeat domicilium, quod ei interdictum uou sit.

(d) L. 22. §. 1. L. 27. §. 3. b. t.

(e) L. 22. §. 3. h. t. *Paul.* Relegatus in eo loco, in quem relegatus est, iterum necessarium domicilium habet.

(f) L. 38. §. 3. L. 22. eod. *Paul.* Filii libertorum libertarumque, liberti paterni et patroni manumissoris domicilium aut originem sequuntur. §. 1. Vidua mulier amissi mariti domicilium retinet, exemplo clarissimae personae per maritum factae; sed utrumque aliis interuentibus nuptils permutatur. §. 2. Municipis sunt liberti et in eo loco, ubi ipsi domicilium sua voluntate tulerunt; nec aliquod ex hoc origini patroni faciunt praedictum; et utrobique muneribus adstringuntur. — L. 5. de R. N. (23. 2). — L. 63. de iud. (5. 4). *Ulp.* Exigere dotem mulier debet illic, ubi maritus domicilium habuit, non ubi instrumentum dotale conscriptum est; nec enim id genus contractus est, ut et enim locum spectari oporteat, in quo instrumentum dotis factum est, quam eum, in cuius domicilium et ipsa mulier per conditionem matrimonii erat reditura. — L. 9. C. h. t. (10. 39).

(g) L. 3. 4. b. t. *Ulp.* Piacet etiam filiosfamilias domicilium habere posse; Non utique ibi, ubi pater habuit, sed ubicumque ipse domicilium constituit.

(h) L. 5. 6. §. 1. 2. h. t. *Paul.* Labeo iudicat, eum, qui pluribus locis ex aequo negotietur, nusquam domicilium habere; quosdam autem dicere refert, pluribus locis eum incolam esse, aut domicilium habere; quod verius est.

(i) L. 27. §. 2. b. t.

facoltà di eleggerne uno. Quando non è possibile questa scelta, come nel caso di Ulpiano nella legge or ora citata, si ricorre alla origine, vale a dire a quel luogo dove l'uomo ebbe, sia per nascita, sia per manumissione, adozione, e simili, esistenza giuridica (k).

Sull'origine si hanno le medesime regole che sul domicilio, così l'origine del figlio di famiglia è quella del padre, se nacque di legittimo matrimonio, della madre se viceversa (l). In alcuni casi ai *municipes* Roma dava la scelta d'essere sottoposti o al tribunale del loro municipio (*forum originis*), o a quello dello Stato, o a quello del luogo, in cui risiedevano (*forum domicilii*) (m).

6) La teorica del domicilio e dell'origine ha massimo valore nella contrapposizione degli statuti, nelle questioni sullo stato giuridico di una persona, e nella competenza delle giurisdizioni.

§. 23.

2) Della parentela e dell'affinità.

T. D. de gradibus et affinibus et nominibus eorum (38. 10). — T. Inst. de gradibus cognationis (3. 6). — *Schilling*, Manuale delle Istituzioni, II. §. 39-43. — *Puchta*, Corso delle Istituzioni, II. §. 288. 303. — *Böcking*, Ist. I. §. 49. 55.

I. È parentela la relazione di due o più persone, delle quali o le une procedono immediatamente dalle altre, o tutte procedono da uno stipite comune.

1) La parentela così concepita viene dal diritto delle genti (*cognatio*) (a), ed è diversa dalla parentela puramente civile del diritto antico (*agnatio*), la quale, poggiandosi sulla patria potestà, era la relazione di più persone, le quali o dipendevano dalla medesima patria potestà, o che vi sarebbero sottoposte, se non fosse morto il comune genitore (b). La prima ha fondamento nel legame di sangue, onde è ancor detta naturale; la seconda nasce dal severo concetto della famiglia romana, sicchè ogni capi-

(k) V. *Savigny*, Sist. VIII. §. 351. ss.

(l) L. 6. §. 1. L. 7. h. t. *Ulp.* Si quis a pluribus manumissus sit, omnium patronorum originem sequitur. — L. 9. 22. pr. h. t.

(m) V. *Savigny*, l. c.

(a) L. 4. §. 1. h. t. *Modest.* Cognati ab eo diei putantur, quod quasi una communiterve nati, vel ab eodem orti progenitive sint. — Ved. §. 2. eod.

(b) *Ulp.* fragm. XI. 4. Agnati sunt a patre cognati, virilis sexus, per virilem sexum descendentes eiusdem familiae: veluti patrum, fratres, filii fratres, patruels. — §. 1. Inst. de leg. agn. tul. (1. 15).

tis deminutio minima scioglie il vincolo agnatzio, mentre intatta resta la cognazione.

Nel diritto ultimo giustiniano l'agnazione ha perduto ogni valore; giacchè tutti i diritti, che da quella traeano origine, sono nel nuovo sistema messi sul fondamento naturale della cognazione (c); il che sarà chiaro a suo luogo.

2) Dall'idea della cognazione discendono due linee di parentela; e primamente la linea retta, se le persone procedono immediatamente le une dalle altre, e quindi divisa in discendente ed ascendente, secondochè si parte da' figli salendo ai loro genitori, o per converso da questi si discende a quelli; e secondamente la collaterale, se la parentela è tra persone che procedono mediatamente da una terza (*a latere venientes*).

Nella linea trasversale o collaterale è da por mente, se le persone congiunte in parentela procedono dallo stesso padre e dalla medesima madre, si domanderanno germani: se dal padre stesso e da diversa madre, saranno consanguinei; e se dalla stessa madre e da padre diverso, saranno detti uterini.

La parentela si distingue per gradi, ed il principio che ne regola la computazione è: *tot sunt gradus, quot generationes*, ossia quante generazioni vi sono da una persona determinata, che è punto di computazione, tanti sono i gradi (d); per la linea collaterale il punto da cui comincia la computazione è il comune parente. E notisi che solo nella linea retta si ha il primo grado di parentela, poichè la trasversale incomincia dal secondo. I parenti pigliano nome specifico secondo i gradi di parentela, che sogliono computarsi fino al settimo; da questo in poi si appellano genericamente *maiores* gli ascendenti, discendenti *posterì* (e).

3) Oltre alla parentela proveniente da vincoli di sangue, avvi ancora una parentela civile (f), la quale si origina dall'adozione e dall'arrogazione, mercè una finzione di legge, che suppone l'adottante e l'arrogatore vero padre conforme a natura, e vero figliuolo l'adottato e l'arrogato. Le conseguenze della parentela puramente civile sono le medesime con la differenza, che i legami della parentela naturale sono perenni, ma quelli della civile durano per quanto dura la finzione.

4) La parentela regola e misura la successione legittima e necessaria, la tutela legittima, il diritto agli alimenti, ed è norma per gl'impedimenti matrimoniali; e quanto a questi ultimi è da por mente ad una distinzione

(c) I. Inst. de legit. agn. succ. (3. 2). — N. 118.

(d) L. 1. §. 3-7, h. t.

(e) L. 3. §. 1. L. 10. §. 10-11, h. t.

(f) L. 4. §. 2. h. t.

che fanno le leggi. Poichè il matrimonio fu proibito solo fino al terzo grado inclusivo, venne eccettuato il caso del *respectus parentelae*, pel quale il connubio potea vietarsi ancora oltre al terzo grado: questo era proprio qualora entrambe le persone discendessero per diritta linea, ovvero l'una per diritta linea, l'altra per collaterale (g).

5) Due persone possono esser tra loro in doppia linea di parentela. Ciò può avvenire in tre casi:

a) se due persone consanguinee procreano un figlio; così p. e. *a* e *b* generano *c*, *d* riguardo ad *e* sarà avo dal lato del padre ed *avunculus magnus* da quello della madre;

b) se due persone della medesima famiglia contraggono matrimonio con altre due di un'altra, e generano figli; così p. e. il padre *a* ed il figlio *b* sposano le due sorelle *c* e *d*, i figli procreati in questi matrimoni saranno tra loro in doppia parentela; imperocchè *e* in riguardo ad *f* è zio dal lato paterno, e cugino dal materno;

c) se alcuno sposa successivamente due persone parenti tra loro e ne ha figli, questi saranno doppiamente parenti; p. e. *a* dopo la morte di sua moglie *b* sposa la sorella di lei *c*, *d* ed *e* procreati in questi due matrimoni sono fratelli dal lato di padre, cugini dal lato di madre (h).

Lo stesso avviene se alla parentela naturale si aggiunga la civile, così se l'avo adotti il nipote.

6) Finalmente nelle leggi è fatta menzione di un'altra specie di parentela, la quale nasce dalle relazioni puramente spirituali di due persone, e però è detta parentela spirituale. Questa avviene nel battesimo, in virtù del quale il patrino è parente spirituale del figlioccio, e questa parentela mette anche impedimento al matrimonio (i).

II. L'affinità è la relazione che passa tra un coniuge ed i più prossimi congiunti dell'altro. Gli affini hanno diverse appellazioni, e così gli ascendenti più prossimi si domandano: *socer*, *socrus*, *vitricus*, *noverca* (suocero, suocera, patrigno, matrigna): i discendenti: *gener*, *nurus*, *privignus*, *privigna* (genero, nuora, figliastro, figliastra): ed i collaterali: *levir*, *glos* (cognato, cognata) (k). Questa specie di parentela ha efficacia come impedimento matrimoniale (l).

(g) L. 17. C. de Nupt. (3. 4). — §. 3. Inst. de Nupt. (1. 10). — *Dirksen*, Raccolta, dissertazione VI.

(h) *Haimberger*, §. 68.

(i) L. 26. in fin. C. de nupt. (3. 4).

(k) L. 4. §. 3. h. t. *Modest.* Affines sunt viri et uxoris cognati, dicti ab eo, quod duae cognationis, quae diversae inter se sunt, per nuptias copulantur, et altera ad alterius cognationis finem accedit; namque coniungendae affinitatis causa sit ex nuptiis.

(l) §. 7. 8. 9. Inst. de nuptis (1. 10).

Per regola generale l'affinità non ha gradi: ma questi per analogia della parentela vengono computati in modo che un coniuge sia con l'affine nel grado medesimo che questi è con l'altro coniuge (m).

Da ciò è manifesto, che l'affinità avendo sua origine dal matrimonio, termina non appena esso si scioglie.

§. 24.

8) Della pubblica stima.

T.D. de his, qui notantur infamia (3. 2).—C. ex quibus causis infamia irrogatur (2. 12). C. de infamibus (10. 57).—*Donelli* eom. iuris civilis XVIII. e. 6-8.—*Burchardi*, de infamia ex disciplina Romanorum, Kil. 1849. — *Marezoll*, Sull'onor civile, Giessen 1824. — *Savigny*, Sist. II. §. 76.

L'onore civile o la pubblica stima viene da illesa dignità personale, ed è il rispetto dovuto all'uomo come cittadino, e come persona capace di diritti. L'onore era affatto congiunto allo stato di cittadino romano, e, purchè appartenesse al consorzio di Roma, l'uomo avea dignità e stima, della quale era pienamente disvestito non appena perdeva la cittadinanza romana.

Della pubblica stima v'era una mancanza totale (*consumptio*), ed uno scemamento (*minutio*) (a): si perdeva totalmente per le due maggiori diminuzioni di capo, cioè per la privazione della libertà e della cittadinanza (b). V'era poi scemamento di stima pel cittadino, pur rimanendo tale, qualora l'opinione, che del suo onore aveano i concittadini, o in tutto veniva meno, o in parte; onde, perchè il Romano avesse goduto de'suoi pieni diritti, era mestieri che l'onore suo fosse incontaminato ed illeso. Qui solo lo scemamento della stima noi studieremo, imperocchè la totale perdita di essa si connette alla teorica delle diminuzioni di capo.

È diminuita adunque la stima di chi per proprie azioni o per condizione propria ha scapitato di riputazione nell'animo de' suoi concittadini, in modo da esser posposto nelle giuridiche relazioni a quelli, che di nulla si possono rimproverare (c). Questa riprovazione può manifestarsi o per

(m) L. 4. §. 5. h. t. *Modest.* Gradus autem affinitatis multi sunt. — L. 10. pr. h. t.

(a) L. 5. §. 1. de extraord. cogn. (50. 13). *Callistr.* Existimatio est dignitas illesae status legibus ac moribus comprobatus, qui ex delicto nostro auctoritate legum aut minuitur aut consumitur.

(b) L. 5. §. 2. eod. *Callistr.*.... Consumitur vero, quoties magna capitis minutio intervenit, id est, quum libertas adimitur, veluti quum aqua et igni interdicitur, quae in persona deportatorum venit, vel quum plebeius in opus metalli, vel in metallum datur.

(c) L. 5. §. 3. pr. eod. Minuitur existimatio, quoties, manente libertate, circa statum dignitatis poena plectimur. — L. 27. C. de iurif. test. (3. 28).

determinazione di legge, e dicesi *infamia*; o per pubblica opinione, che tien luogo di legge, e dicesi *turpitudine* o *nota*. Ma oggidì nelle scuole *infamia iuris* è chiamata la riprovazione per legge, ed *infamia facti* quella per pubblica voce (d).

I. La *infamia iuris* è sempre inflitta dichiaratamente come pena, e distinguesi in infamia mediata ed immediata; la prima debb'esser necessariamente preceduta da una sentenza, l'altra è conseguenza di tal fatto, di tale azione, che senza esser giudicata, è infamante per legge; per la prima i Romani usavano questa frase: *si quis condemnatus fuerit infamis esto*; per la seconda: *si quis fecerit infamis esto*.

1) I casi dell'infamia mediata si possono ridurre ai seguenti; essa viene:

a) generalmente in seguito d'una condanna in pubblico giudizio (e);

b) per alcuni delitti straordinarii; ed anche qui vale la regola generale, che l'infamia conseguita allora, che per questi delitti si sarebbe potuto intentare un'azione penale infamante (f). In alcuni passi de' fonti si annoverano altri delitti comuni come producenti infamia, verbigravia il delitto *expilatae hereditatis*, *sepulcri violati* (g), la calunnia, e la prevaricazione, ma sempre che vengono trattati in un pubblico giudizio, la quale condizione è richiesta non solo dall'editto pretorio, ma ancora da Ulpiano (h) (i);

c) in conseguenza d'alcuni delitti privati, e specialmente dopo l'*actio furti*, *vi bonorum raptorum*, *iniuriarum* e *de dolo* (i); dopo l'azione *sepulcri violati* (k), e finalmente in seguito dell'*actio contra mulierem*, *quae per calumniam ventris nomine in possessionem missa est* (l);

(d) L. 2. pr. de obsequiis (37. 15). — L. 39. de furtis (47. 2).

(e) L. 7. de publicis iud. (48. 1). *Mac.* Infamem non ex omni crimine sententia facit, sed ex eo, quod iudicii publici causam habuit; itaque ex eo crimine, quod iudicii publici non fuit, damnatum infamiae non sequetur, nisi id crimen ex ea actione fuit, quae etiam in privato iudicio infamiam condemnato importat, veluti furti, vi bonorum raptorum, iniuriarum. — L. 36 pro socio (17. 2).

(f) L. 7. de pub. iud. (48. 1) — ved. not. prec.

(g) L. 1. de sepulcro violato (47. 12). *Ulp.* Sepulcri violati actio infamiam irrogat. — L. 12. C. ex quib. caus. inf. (2. 12). *Alexand.* Si te expilasse hereditatem sententia praesidis constituit, non ex eo, quod non et alia poena tibi irrogata est, furti improbius infamiam evitasti.

(h) L. 1. b. t. — L. 4. de praevicatione (47. 15). *Mac.* Si is, de cuius calumnia agi prohibetur, praevicator in causa iudicii publici pronuntiatus sit, infamis erit. — L. 6. §. 3. de decurionibus (50. 2).

(i) §. 2. Inst. de poen. tem. litig. (4. 16). Ex quibusdam iudiciis damnati ignominiosi fiunt, veluti furti, vi bonorum raptorum, iniuriarum, de dolo, item tutelae, mandati, deposito directis nec contrariis actionibus, pro socio, qua ab utraque parte directa est, et ob id quilibet ex sociis eo iudicio damnatus ignominia notatur. — L. 1. 4. §. 5. h. t. — L. 1. §. 4. de dolo malo (4. 3). — L. 5. §. 5. C. h. t. (2. 12).

(k) L. 1. de sep. viol. (47. 12) — ved. not. h.

(l) L. 15 — 17. h. t.

Diritto romano.

d) pei quattro contratti detti famosi, cioè mandato, società, deposito, e tutela, solamente per coloro che son chiamati in giudizio con azione diretta (m); poichè delle contrarie la sola *mandati contraria* (n) è infamante come la diretta;

e) finalmente l'infamia mediata colpisce il tutore rimosso per sospetto, dato ch'ei sia convinto di dolo (o).

Perciocchè segua l'infamia non è necessario, ch'essa sia direttamente inflitta, anzi è sufficiente che il fatto sia dal giudice accertato nella sentenza; ma con le seguenti condizioni: che la sentenza sia data da un giudice competente e non da un arbitro; che l'accusato sia dichiarato reo specificatamente e dopo una cognizion di causa; ch'egli venga condannato suo e non *alieno nomine*; e finalmente che la sentenza abbia forza di legge, di maniera che se essa fosse confermata in appello, l'infamia comincerebbe dall'ultima sentenza (p).

2) Sono per legge colpiti d'infamia immediata, cioè di quella che nasce da fatti reputati comunemente turpi e vituperevoli, e cade senza bisogno di giudizio o condanna su colui che li commette:

a) i soldati che sono licenziati *ignominiae causa* (q);

b) quelli che fanno il mestiere d'istrioni (r);

c) *qui lenocinium fecerit*; qui debbono intendersi i lenoni patentati che in ragione del loro mestiere erano infami; giacchè gli altri soggiacevano alla infamia mediata condannati ch'erano in giudizio pubblico per la legge *Iulia de adulteriis* (s);

d) *qui corpore suo muliebria passi sunt* (t);

(m) L. 1. h. t. — conf. li §. 2. Inst. de poen. tem. litig. (4. 16) ved. not. i. — L. 6. §. 7. h. t. — L. 5. pr. depos. (16. 3). *Ulp.* Ei, apud quem depositum esse dicitur, contrarium iudicium depositi datur; in quo iudicio merito in fitem non iuretur, non enim de fide rupta agitur, sed de indemnitate eius, qui depositum suscepit.

(n) L. 6. §. 5. h. t. *Ulp.* Mandati condemnemus; verbis Edicti notatur non solum, qui mandatum auscepit, sed et is, qui fidem, quam adversarius secutus est, non praestat; ut puto fideiuss pro te et solvi, mandati te si condemnvero, famosum facio. — *Donel.* XVIII. c. 8.

(o) §. 6. Inst. de suspect. tot. (1. 26). Suspectus autem remotus, si quidem oh dolum, famosus est. — L. 3. §. 18. cod. (26. 10). — L. 9. C. cod. (5. 43).

(p) L. 13. §. 5. 6. h. t. — L. 17. C. h. t. (2. 12). — L. 1. 6. §. 2. 6. h. t. — L. 2. pr. de §. 1. — obseq. (37. 15). — L. 6. §. 1. h. t.

(q) L. 1. h. t. *Julian.* Praetoris verba dicant: infamia notatur, qui ab exercitu ignominiae causa, ab Imperatore, eove, cui de ea re statuendi potestas fuerit, dimissus erit. — 2. pr. 4. h. t. — L. 3. C. de re militari (12. 36).

(r) L. 1. *Julian.* Qui artis ludicrae pronuntiandive causa in scaenam prodierit. — L. 2. §. 8. — L. 3. 4. pr. §. 1. h. t. — L. 1. §. 6. de postul. (3. 1). — L. 21. C. h. t. (2. 12).

(s) L. 1. 4. §. 2. h. t. *Ulp.* Ait Praetor: qui lenocinium fecerit; lenocinium facit, qui quaestuaris mancipia habuerit; sed et qui in liberis hanc quaestum exercet, in eadem causa est. — §. 3. cod. 1. — conf. L. 43. §. 6-9. de R. N. (23. 2).

(t) L. 1. §. 6. de postulando (3. 1). *Ulp.* Removet autem a postulando pro aliis et eum,

e) le meretrici pubbliche (u);

f) la donna colta in flagrante adulterio (v);

g) è infame chiunque vive nel medesimo tempo in due matrimoni, o in un matrimonio ed una promessa, ed anche il padre di famiglia, che contrae il secondo matrimonio o i secondi sponsali pel figlio, o che solamente tollera il doppio legame; ne è scusato quel figlio di famiglia, che si mette in questo stato per induzione del padre (x).

L' infamia è data, ancorchè gli sponsali o il secondo matrimonio di per sè fossero nulli (y);

h) la vedova che si rimarita prima che finisca l' anno del lutto , ed insieme con lei l' uomo che scientemente l' ha sposata, il padre che ha consigliato a suo figlio simile matrimonio, fuori del figlio di famiglia che fa queste nozze per comando del padre (z);

i) il tutore o il figlio che sposa la pupilla prima ch' ella addivenga maggiore, o prima che trascorra il tempo, in cui ella può farsi restituire in intiero per causa della minore età (aa);

k) l' usuraio (bb);

l) i maggiori di 25 anni che rompono i patti e le transazioni giurate (cc);

qui corpore suo muliebria passi sunt. Si quis tamen vi praedonum, vel hostium stupratus est, non debet notari, ut et Pomponius ait. — v. anc. L. 31. C. ad Leg. Iul. de adulteriis (9. 9).

(u) L. 24. h. t. — L. 41. 43. pr. §. 13. de R. N. (23. 2).

(v) L. 43. §. 12. de R. N. (23. 2). *Ulp.*.... Ego puto, etsi absoluta sit post deprehensionem, adhuc tamen uotam illi abesse debere, quia verum est, eam in adulterio deprehensam, quia factum lex, non sententia notaverit. — §. 13. eod.

(x) L. 1. in f. L. 13. §. 1 — 3. h. t. *Ulp.* Item si alteri sponsa, alteri nupta sit, ex sententia Edicti puniatur — L. 2. C. de incest. nupt. (3. 5). *Dioclet. et Maxim.* Neminem, qui sub ditione sit Romani nominis, binas uxores habere posse, vulgo patet, quum et in edicto praetoris huiusmodi viri infamia notati sunt. — L. 18. C. ad legem Iuliam de adult. (9. 9).

(y) L. 13. §. 4. h. t.

(z) L. 1. L. 8. — 13 pr. h. t. — L. 15. C. h. t. (2. 12). *Gordian.* Decreto amplissimi ordinis luctu foeminarum deminuto, tristior habitus ceteraque hoc genus insignia mulieribus remittuntur, non etiam intra tempus, quo elugere maritum moris est, matrimonium contrahere permittitur, quum etiam, si nuptias alias intra hoc tempus secuta est, tam en, quam is, qui sciens eam duxit uxorem, etiam si miles sit, perpetuo edicto labem pudoris contrahat. — L. 1. C. de secundis nupt. (3. 9).

(aa) L. 66. pr. de R. N. (23. 2). — L. 7. C. de interd. matr. (3. 6). *Dioclet. et Maxim.* Si tutor vel curator pupillam vel adultam quondam suam sibi vel filio suo, nullo divino impetrato beneficio, in matrimonio collocaverit, mauet infamia contra eum, veluti confessum de tutela, quia huiusmodi conuentione fraudem administrationis tegere laboravit, et dos data per conditionem repeti potest.

(bb) L. 20. C. h. t. (2. 12). *Dioclet. et Maxim.* Improbum foenus exerceantibus et usuras usurarum illicite exigentibus infamiae macula irroganda est.

(cc) L. 41. C. de transact. (2. 4). *Arcad. et Honor.* Si quis maior annis viginti quinque aduersus pacta vel transactiones, nullo eogente imperio, sed libero arbitrio et voluntate coeactas,

m) i debitori che vengono in un concorso di creditori sol quando non fecero uso del beneficio della cessione de' beni (dd);

n) per senato-consulto Turpilliano è infame colui, che lascia cadere un giudizio criminale già incominciato senza abolizione (ee);

o) i figli del perduelle (ff);

p) il giudice che per venalità o per parzialità pronunzia un'ingiusta sentenza, o che si comporta barbaramente coi prigionieri (gg);

q) l'avvocato, che, menando innanzi un processo, si rende colpevole d'ingiurie inutili (hh);

r) colui che ingiuria i giudici in appello (ii);

s) chi si fa colpevole di ambito per la dignità di Vescovo (kk): ed altri (ll).

3) Per ciò che s'appartiene alle conseguenze della infamia *iuris*, bisogna notare che:

a) l'effetto più immediato della diminuzione della stima è la perdita de' diritti politici, che i Romani comprendevano nelle parole *ius honorum et ius suffragii*; e l'infame non poteva giammai ascendere alle alte dignità dello Stato, anzi neppure accedere a qualunque onorifico ufficio; e, dato che una condanna d'infamia fosse inflitta ad un ufficiale dello Stato, questi si considerava *ipso facto* rimosso dalla carica (mm).

putaverit esse veniendum vel interpellando indicem, vel supplicando principibus, vel non implendo promissa, eas autem invocato Dei omnipotentis nomine, eo auctore, solidaverit, non solum notetur infamia, verum etiam actione privatus, rei.

(dd) L. 11. C. b. t. (2. 12). *Alexand.* Debitores, qui bonis cesserint, licet ex ea causa bona eorum venerint, infames non fiunt. — L. 8. C. qui bon. ced. poss. (7. 71). — *Gai.*, Inst. II. 154.

(ee) L. 6. §. 3 de decurionibus (30. 2). — L. 1. C. ut intra cert. temp. (9. 44). — L. 2. C. ad SC. Turpillianum (9. 45).

(ff) L. 5. §. 1. C. ad leg. iul. maiest. (9. 8).

(gg) L. 2. C. de poen. ind. (7. 49). *Const.* De eo, qui pretio depravatus aut gratia perperam indicaverit, ei vindicta, quem laeserit, non solum existimationis dispendii, sed etiam litis discriminis praebentur. — L. 1. C. de cust. reor. (9. 4). — L. 8. §. 1. C. ad leg. Iuliam de vi pub. v. priv. (9. 12).

(hh) L. 6. §. 1. C. de post. (2. 6).

(ii) L. 42. de iurur. (47. 10). *Paul.* Indici ab appellatoribus convicium fieri non oportet, alioquin infamia notantur.

(kk) L. 31. In f. C. de episcop. et cler. (1. 3).

(ll) L. 2. C. de leg. (1. 14). — L. un. C. de senatnsc. (1. 16). — L. 3. C. ut lite pend. (1. 21). — L. 5. §. 1. 2. C. ad leg. iul. maiest. (9. 8). — L. 3. C. de precib. imp. offerend. (1. 19). — L. 10. C. de iudiciis (3. 1.) — v. anc. L. 8. C. de offic. rect. prov. (1. 40). — L. 1. C. de nat. lib. (3. 27). — L. un. C. ad Leg. Viselliam (9. 21). — L. 15. C. de appell. (7. 62). — L. 31. 33. C. de decurionib. (10. 31). — L. un. C. de stud. liber. (11. 18).

(mm) L. un. C. de infam. (10. 57). *Dioclet. et Maxim.* Infames personae, licet nullis honoribus, qui integritatis hominibus deferri solent, uti possunt, curialium tamen vel civilium munerum vocationem non habent; sed et solemnibus indictionibus ob tutelam publicam eos satisfacere necesse est. — L. 2. 6. C. de dignitat. (12. 1). — L. 8. C. de re mil. (12. 36).

b) L' infamia ha efficacia nel dritto privato, e specialmente limita la capacità giuridica del diminuito di pubblica stima, in quanto che egli non potrà *postulare* che per sè o per quelle persone solamente, che sono con lui strettamente legate (nn). Da ciò segue che l'infame non può essere *cognitor* e molto meno *procurator* (oo); nè potrà intentare azioni popolari, giacchè l' accusatore in tali giudizi figura come il procuratore dello Stato (pp) (2).

L'infame non potrà inoltre intentare azione infamante contro persone d'illibata stima; egli è escluso dall'amministrazione della tutela, e, se fosse istituito erede, i fratelli del testatore potranno impugnare il testamento come inofficioso; finalmente la testimonianza dell' infame è ammessa con limitazione (qq).

4) Per regola generale la nota d'infamia accompagna l'uomo in tutta la sua vita; vi è nondimeno qualche eccezione. L'imperatore potrà per grazia speciale restituire la stima a chi perduta l'avesse (*restitutio famae*) ; l'infamia cade di per sè, quando si rescinde l'azione che la produceva; e per una tal quale compensazione si conserva l'onore di colui, al quale è stata inflitta una pena più grave di quella che la legge stabiliva (rr).

II. L' *infamia facti*, detta da' Romani *vitae turpitudō*, avea luogo quando alcuno per suo procedere o per sua condizione era avuto a turpe e spregevole da' concittadini, senza che però fosse legalmente diminuito di stima. Questa condanna, benchè morale, avea effetti giuridici, che in gran parte s' assomigliavano a quelli dell' *infamia iuris*, per quei diritti precipuamente che nascono dalla dignità personale (ss).

(nn) L. 1. §. 5. de post. (3. 1). *Ulp.* Secundo loco Edictum proponitur in eos, qui pro aliis ne postulent: in quo Edicto excepti Praetor sexum et casum, item notavit personas in turpitudine notabiles.

(oo) *Fragm. Vat.* §. 322. 323. 324.—*Paul.* 1. 2. §. 1. Omnes infames qui postulare prohibentur, cognitores fieri non possunt, etiam volentibus adversariis.

(pp) L. 4. de pop. act. (47. 23). *Paul.* Popularis actio integrae personae permittitur, hoc est, cui per Edictum postulare licet.

(qq) L. 11. §. 1. de dolo (4. 3). *Ulp.* Quibusdam personis non dabitur, ut puta liberis vel libertis adversus parentes patronosque, quum sit famosa. . . . vel luxurioso atque prodigo, aut alias vili adversus hominem vitae emendationis, et ita Labeo.— L. 17. §. 1. de test. tutela (26. 2). — L. 27. C. de inoff. test. (3. 28). — L. 3. pr. de test. (22. 5). — Nov. 90. c. 1.

(rr) L. 4. C. h. t. (2. 12).—L. 13. §. 7. h. t. *Ulp.* Poena gravior ultra legem imposita extinctionem conservat, ut et constitutum est, et responsum.— L. 10. §. 2. de poenis (48. 19).

(ss) L. 27. C. de inoff. test. (3. 28). — L. 2. pr. de obse. (37. 15). — L. 1. §. 5. de post. (3. 1). — v. ane. not. (mm) (qq).

ANNOTAZIONI

(1) Tra i delitti straordinarii che hanno per conseguenza l'infamia è controverso il caso dello *stellionato*, e ciò massimamente per due frammenti di Ulpiano accettati nelle Pandette; l'uno de' quali così dice: *stellionatus iudicium famosum quidem non est, sed coercionem extraordinariam habet* (tt); l'altro al contrario suona: *stellionatus infamiam irrogat, quamvis publicum non est iudicium* (uu).

La maggior parte dei giuristi antichi prendendo a principio una legge dei Digesti sui *publici iudicii* (vv) cercarono di conciliare quei due passi, opinando che lo *stellionato* produce infamia solamente ne' casi, in cui si potrà intentare un'azione infamante come per dolo, pel deposito, ecc. (xx). Questa opinione perde ogni valore quante volte si considera che il secondo passo, messo dai compilatori delle Pandette sotto il titolo dell'infamia è tanto preciso e generale, che nessun caso di *stellionato* possiamo dire libero da infamia: tanto più che di questo delitto il dolo è carattere essenziale. Più verisimile è l'opinione del *Marezoll* (yy), il quale prende *famosum* nel significato di *publicum iudicium*, di maniera che il senso delle due leggi sarebbe il seguente: Lo *stellionato* in generale non è di quei delitti, che danno infamia, ossia non è pubblico giudizio, ma, essendo punito *extra ordinem*, produce la infamia.

(2) Un'altra conseguenza dell'infamia è certamente quella che riguarda il matrimonio; perocchè la legge Giulia e Papia vietava ai senatori ed ai loro discendenti di contrarre matrimonio con liberte. Nella legislazione giustiniana questa prescrizione della legge Giulia non ha importanza che quale notizia storica, come si vedrà a suo luogo (zz).

II. Delle persone giuridiche.

Dirksen, Considerazioni storiche sullo stato delle persone giuridiche nel diritto romano, dissertazioni civili II. 1. — *Savigny*, Sist. II. §. 83 ss. — *Pfeifer*, Teoria delle persone giuridiche, Tubinga 1847.

§. 25.

A. Concetto e specie delle persone giuridiche in generale.

Da ciò che notato abbiamo nella prima parte di questo capitolo si fa chiaro, che solo l'uomo-persona è capace di diritti, che in lui solo questi si concretano, anzi si modificano secondo l'esistenza fisica morale e civile

(tt) L. 2. *stellionat.* (47. 20).

(uu) L. 13. §. 8. h. t.

(vv) L. 7. de publ. iud. (48. 4). Vedi nota f.

(xx) V. *Cuiac.* Observ. X. 26. — *Donell.* XVIII. 8 — *Gluck*, V. p. 192.

(yy) *Marezoll*, Op. c. p. 135.

(zz) V. Appendice VIII.^a alla fine del cap. I. L. II. — v. inoltre L. 28. 29. C. de Nupt. (5. 4). — N. 117. C. 6.

della persona stessa, e che perciò l'idea di giuridica attività s'incarna e prende vita nell'uomo individuo. Ma a grado a grado che uscendo dall'individualità moviamo per le diverse società della vita, dalla famiglia alla confederazione degli Stati, noi scorgeremo di leggieri che, quanto più si allarga il cerchio della vita, quanto maggiormente esteso è un gruppo sociale, vie più tanto sparisce l'individuo, e l'idea della comunanza, l'ente collettivo sottentra alla persona individuale. E così ogni aggregato sociale, in cui si svolge l'unana attività, non come colleganza d'individui è riguardato, ma si rappresenta nel tutt'insieme come persona individua, e sorge l'idea collettiva di famiglia, stirpe, municipio, Stato e simili.

Questo concetto universale della persona giuridica non è giusto, quando consideriamo tale persona rispetto al diritto privato, e bisogna da un lato restringerlo, dall'altro slargarlo. Ed in vero al diritto privato importa solo di quelle persone giuridiche che sono idonee ad aver patrimonio; e però la famiglia, ed alcuni collegi di amministrazione dello Stato, non essendo idonei ad aver patrimonio come persone giuridiche o morali, che dir si vogliano, verranno tralasciati nella nostra trattazione. Oltracciò fa d'uopo ampliare quel primitivo concetto, poichè non solo una colleganza di persone, ma alcune volte un complesso di beni, un patrimonio, può considerarsi come persona giuridica, e fingersi subbietto di diritto.

La persona giuridica adunque può definirsi: un aggregato di persone o di beni, che in virtù d'una finzione prende figura di subbietto individuale di diritto, ed esiste astrattamente nell'idea collettiva.

Per la sua costituzione sono necessari i seguenti requisiti: anzi tutto non è possibile un tale subbietto di diritto senza che dalla legge non gli sia riconosciuta ed affermata la personalità, sia per comune principio di diritto, sia per speciale concessione dell'autorità dello Stato. In secondo luogo a questa persona abbisogna un corpo, una sostanza, che può esser tanto una pluralità di persone fisiche, onde il nome di *universitas personarum*, come i comuni, le diverse associazioni, lo Stato come subbietto di patrimonio, ossia il fisco, e qualsisia corpo o comunità; quanto un complesso di beni che serva ad uno scopo, che rappresenti un'intento prefisso; e così la persona giuridica prende nome di *universitas bonorum*, come le pie fondazioni, e l'eredità giacente (a) (1), e finalmente è richiesto uno scopo.

Il carattere essenziale della persona giuridica o morale è dunque di figurare un'individualità giuridica nello Stato, e di valere come un vero subbietto di diritto.

(a) L. 22. de fideiuss. et mandat. (46. 1). *Florent.* Mortuo reo promittendi et ante aditam hereditatem fideiussor accipi potest, quia hereditas personae vice fungitur, sicuti municipium, et decuria et societas.

ANNOTAZIONE

(1) Il concetto della persona giuridica è stato in questi ultimi tempi esteso di là del vero, inquantochè s'è voluto riguardare come persona un qualunque fondo che abbia sovra un altro una servitù prediale. A questo proposito i testi dicono: *fundo servitus acquiritur* (b), ed altrove: *fundus id ius aquae amisit* (c): donde alcuni giuristi traggono per conseguenza che il fondo è considerato dalla legge come subbietto (d). Quest'opinione è da rigettare assolutamente come priva di fondati argomenti. Da' passi citati solo rilevasi: che per mezzo di una servitù si provvede ai bisogni di un fondo, e che essa è così attaccata al fondo medesimo, che acquistandosi questo, s'acquista il diritto di servitù; ma è indubitato, che usa e gode di questo diritto, non il fondo, ma il proprietario, il quale può disporre della servitù come di qualunque altra parte del suo patrimonio (e).

B) Delle università in generale.

§. 26.

1) Carattere generale ed idoneità delle università.

T. D. quod cuinsque universitatis nomine. (3. 4). — *Zachariae*, liber quest., qu. 10.

1) Si costituisce un' *universitas personarum*, nel senso dichiarato innanzi, quando molte persone si collegano per uno scopo, ed al loro complesso lo Stato conferisce la personalità giuridica. Da questa definizione discende, che *universitas* non può darsi senza un numero di persone fisiche, almeno di tre se si riguarda la fondazione, essendo comunemente accettato che l'università sussista anche quando i membri si siano ridotti ad un solo (a). Secondariamente è mestieri che queste persone si siano associate per uno scopo determinato, e finalmente fa d'uopo che lo Stato riconosca quest'associazione come subbietto di diritto.

2) Costituita una tale persona giuridica, essa è per principio generale affatto indipendente da ciascuna delle singole persone che la compongono, e però debbesi far perfetta distinzione tra i diritti e gli obblighi dell'uni-

(b) L. 12. de servit. (8. 1).

(c) L. 31. de servit. praed. rust. (8. 3).

(d) V. Böcking, Ist. I. §. 62. Heise, I. §. 98. n. 13.

(e) Savigny, O. e. II. §. 103.

(a) L. 7. §. 2. h. t. Ulp. In decurionibus vel aliis universitatibus nihil refert, utrum omnes iidem maneat, an pars maneat, vel omnes immutati sunt. Sed si universitas ad unum redit, magis admittitur, posse eum convenire et conveiri, quam ius omnium in unum reeideri, et stet nomen universitatis.

versità, e quelli di ciascun membro o *civis* che chiamar si voglia. Per conseguenza i membri stessi possono entrare in rapporti giuridici coll'università medesima (b), ed allora essi sono riguardati perfettamente come terze persone (1).

3) La persona giuridica come subbietto è capace di quei diritti, che convengono al suo carattere intrinseco. La sua idoneità giuridica è limitata al patrimonio, e sono quindi esclusi tutti i diritti che suppongono essenzialmente la persona fisica, come i diritti di famiglia, de' quali è impossibile supporre un subbietto di un'esistenza ideale. Per la qual cosa nella persona giuridica sono riconosciuti i seguenti diritti:

a) proprietà (2);

b) diritti di servitù e reali e personali, i quali durano per 100 anni, essendo questa ordinariamente la più lunga età dell'uomo (c); questi diritti possono esser costituiti indistintamente su qualunque fondo, non esclusi quelli degli stessi membri dell'università; fuori della servitù di uso, la quale, essendo stabilita pel bisogno reale di qualcuno, mal potrebbe convenire ad una persona ideale;

c) obbligazioni e diritti di credito in ampio significato, e tutti non altrimenti, che per qualunque altra persona; se non che le obbligazioni, che consistono in *dare*, come il mutuo, obbligano la persona giuridica solo quando il *dato* fu veramente impiegato in suo vantaggio (d).

La distinzione che facevasi nel diritto antico, cioè, che l'università acquistava immediatamente i diritti d'obbligazione contratti dal suo schiavo, e mediante un'*actio utilis* quelli contratti da un procuratore, è perfettamente negletta nel diritto giustiniano (e);

d) eredità. I diritti di successione sono stati molto più tardi degli al-

(b) L. 7. §. 1. h. t. *Ulp.* Si quid universitati debetur, singulis non debetur, nec quod debet universitas, singuli debent.— L. 27. de reb. ered. (12. 1).— L. 1. pr. de rev. div. (1. 8).— L. 10. §. 4. de in ius vocando (2. 4).— L. 1. §. 7. de quaest. (48. 18). *Ulp.* Servum municipum posse in caput civium torqueri, sapissime rescriptum est, quia non sit illorum servus, sed reipublicae. Idemque in ceteris servis corporum dicendum est, nec enim plurium servus videtur, sed corporis.

(c) L. 36. de usuf. (7. 1). — L. 8. de usu et usuf. (33. 2). *Gai.* Si usufructus municipibus legatus erit, quaeritur, quousque in eo usufructu tuendi sint; nam si quis eos perpetuo tuctur, nulla utilitas erit nudae proprietatis semper abscedente usufructu; unde centum annos observandos esse constat, qui finis vitae longissimus est.

(d) L. 27. de reb. ered. (12. 1). *Ulp.* Civitas mutui datione obligari potest, si ad utilitatem eius pecuniae versae sunt; alioquin ipsi soli, qui contraxerunt, non civitas, tenebuntur.

(e) L. 11. §. 1. de usuris (22. 1).— L. 5. §. 7. 9. de pecun. const. (13. 5). *Ulp.* Si actori municipum vel tutori pupilli, vel curatori furiosi vel adolescentis ita constitutur; municipibus solvi, vel pupillo, vel furioso, vel adolescenti, utilitatis gratia puto dandam municipibus, vel pupillo, vel furioso vel adolescenti utilem actionem.

tri concessi alle persone morali, ed anche con molte restrizioni. E di vero, in quanto alla successione intestata, essendo questa perfetta conseguenza dei diritti di famiglia, non si può senza contraddizione accordarla alla persona morale, la quale è incapace della famiglia e de' diritti che ne derivano; con tutto ciò si dà il privilegio ad alcune università, di succedere *ab intestato* a qualcuno dei loro membri, dato per altro che non vi sieno eredi legittimi, nel solo caso cioè, che l'eredità sarebbe passata al fisco (f). E l'eredità testamentaria ancora non potrebbe concedersi alle università; imperciocchè, dovendo l'eredità essere acquistata con la volontà personale e la propria attività dell'individuo, a ciò non può esser atta la persona, che non abbia vera esistenza naturale. Per eccezione un senatoconsulto accordò alla città d'essere istituita erede nel testamento dal suo liberto, ed acquistarne l'eredità; a questa eccezione si riferiscono tutte quelle leggi, che ammettono la *testamenti factio passiva* per le università (g), essendo stata quella eccezione concessa a tutte le persone morali.

Quanto ai legati non v'è difficoltà veruna di concederne l'acquisto alle università, e per la forma, e per la sostanza di questa istituzione giuridica; pur non pertanto fu tardi concessa loro la facoltà d'acquistare per legato. In sulle prime se ne dette il diritto alle sole città, quindi ai collegi, ai templi, e finalmente con decreto speciale ai villaggi (h).

Si dica lo stesso dei fidecommissi, l'acquisto dei quali fu espressamente accordato alle città da un senatoconsulto, e poscia fu la regola posta per tutte le università (i) (3).

(f) *Ulp. XXII. §. 5.*

(g) *Ulp. eod. — L. un. §. 1. de libert. universitatis (38. 3). Ulp. Municipibus plenum ius in bonis libertorum libertarum defertur, hoc est, id ius, quod etiam patrono, §. 1. Sed an omnino petere honorum possessionem possint, dubitatur, movet enim, quod consentire non possunt; sed per alium possunt petita bonorum possessione ipsi acquirere. Sed qua ratione senatus censuit, ut restitui iis ex Trebelliano hereditas possit, et qua ratione alio senatusconsulto hereditas iis institutis a liberto, acquirere hereditatem permissum est, ita bonorum quoque possessionem petere dicendum est. — L. 66. §. 7. de legat. (31). — L. 6. §. 4. L. 1. §. 15. ad Sc. Treb. (36. 1).*

(h) *Ulp. XXIV. 28. — L. 117. pr. de leg. (30). Marc. Si quid relictum sit civitatibus, omne valet, sive in distributionem relinquantur, sive in opus, sive in alimenta, vel in eruditionem puerorum, sive quid aliud. — L. 122. eod. — L. 32. §. 2. eod. Ulp. Si parti civitatis aliquid sit relictum, quod ad ornatum, vel compendium Reipublicae spectat, sine dubio debebitur. — L. 77. §. 33. de leg. (31). — L. 5. pr. de leg. (32). Ulp. Si fuerit municipio legatum relictum ab his, qui rem publicam gerunt, fideicommissum dari potest. — L. 24. de ann. leg. (33. 1). — L. 20. §. 1. de alim. (34. 1). — L. 6. §. 2. de auro (34. 2). — L. 8. de usu legat. (33. 2). — L. 2. de reb. dub. (34. 5).*

(i) *L. 23. de ann. leg. (33. 1). — L. 20. de reb. dub. (34. 5). Paul. Quam senatus temporibus Divi Marci permiserit collegiis legare, nulla dubitatio est, quod, si corpori, cui licet coire, legatum sit, debeat. — L. 73. §. 1. de leg. (30). Gai. Vicis legata perinde licere capere atque civitatibus, Rescripto Imperatoris nostri significatur. — Ulp. XXII. 5. — L. 26. ad Sc. Trebell. (36. 1).*

Riconosciuta l' università quale subbietto di diritto, è necessario stabilire il modo onde si manifesta la sua volontà.

Le università sono ordinate o non ordinate; le prime hanno capi e rappresentanti stabiliti, come le città, e però la volontà dei loro rappresentanti è ritenuta come quella delle università stesse, ed il potere di essi è fissato dai diversi statuti (k). Ma se al contrario le università non sono ordinate, la deliberazione presa a maggioranza di voti ne esprime la volontà (l).

ANNOTAZIONI

(l) Una erronea e singolare opinione è quella del *Konopack* (m), il quale sulla proprietà dice: il diritto di proprietà sopra un obbietto può appartenere o ad una persona fisica o ad una persona morale; nel primo caso chiamasi proprietà esclusiva, nel secondo condominio. Questa opinione per la sua stranezza non meriterebbe confutazione, ma sarà buono cogliere il destro per distinguere in tutto e per tutto la proprietà di una università, dal condominio. E di certo v'ha tale differenza tra la prima e l'altra proprietà, quanto tra la proprietà individuale e il condominio, il che sarà chiaro per le seguenti cose:

1) Le disposizioni sopra una *res universitatis* debbono essere prese con deliberazione della maggioranza; mentre per la *res communis* deve farsi distinzione tra le disposizioni del tutto, e quelle delle parti; perocchè, avendo ogni condomino la sua parte ideale, può disporre di essa come meglio gli talenta, ossia venderla, impegnarla, costituirvi sopra una servitù, ecc. (n); mentre per le disposizioni del tutto devono tutti i condomini concordarsi, così che il veto di un solo è più forte della volontà degli altri; il che non avviene per l'università in cui l'opposizione della minoranza non ha nessuna efficacia (o).

2) In caso di comunione ciascun condomino può, se vuole, domandarne lo scioglimento, sicchè la sua parte ideale è cambiata in una reale porzione (p); ma per contrario ognuno de' membri dell'università potrà uscirne e sciogliersi dai legami della associazione, senza che potesse avere la minima pretensione sulla proprietà dell'associazione medesima.

3) Quando si ha un fondo di proprietà individuale, ed un altro in comune non può essere intentata, l'*actio finium regundorum* (q); mentre si potrà benissimo quando si tratta di regolare i confini tra un fondo di un privato e quello dell'univer-

(k) L. 14. ad mon. (30. 1). *Papin*. Municipales intelligantur scire, quod sciant hi, quibus summa reipublicae commissa est. — L. 97. de condit. et demons. (35. 1). — L. un. §. 1. de libert. univ. (38. 3).

(l) L. 160. §. 1. de R. I. *Ulp*. Refertur ad universos, quod publice fit per maiorem partem. L. 19. ad munic. (30. 1). *Scaev*. Quod maior pars curiae effecit, pro eo habetur, ac si omnes egerint. — L. 3. §. 1. C. de leg. (10. 63).

(m) Istituzioni del diritto privato romano §. 206.

(n) L. 1. C. com. divid. (3. 37). — L. 3. C. de commun. rer. alien. (4. 52).

(o) L. 28. Comm. divid. (10. 3). — L. 10. pr. de aqua et aquae plu. (39. 3).

(p) L. 3. C. comm. divid. (3. 37).

(q) L. 4. §. 7. finium regund. (10. 1).

sità, di cui lo stesso privato è componente, perchè nel primo caso l'attore sarebbe nello stesso tempo convenuto, non così nel secondo.

(4) Finalmente se alcuno abbia un fondo di proprietà individuale ed un altro in comune, non potrà mai sopra quest'ultimo acquistare un diritto di servitù; per contrario gli è permesso acquistarlo sopra un fondo dell'associazione di cui è membro (r).

(2) Controverso era nella giurisprudenza romana se l'università poteva possedere in senso legale. Il possesso come potere di fatto, congiunto alla presenza materiale dell'individuo, pareva incompatibile con la esistenza ideale della persona giuridica. Alcuni opinavano che come eccezione le si permettesse d'acquistare il possesso per mezzo di uno schiavo, ma ristretto nelle cose del peculio; altri al contrario non ammettevano questa eccezione, stantechè l'università non poteva possedere neppure lo schiavo (s). Al tempo aureo della giurisprudenza romana era dato ad essa la facoltà di acquistare il possesso per mezzo di schiavi, e di rappresentanti (t).

(3) Molto controverso è ancora, se l'università come tale possa commettere un reato ed esserne punita, oppure sieno da criminare i singoli membri dell'associazione.

Alcuni movendo dalla idoneità di diritto e di volere della persona morale rispondono affermativamente, eccettuando per altro alcuni delitti ed alcune pene (v).

Ma, considerando il carattere proprio della persona morale, e la natura del diritto penale, dobbiamo contrapporci all'opinione di questi giuristi.

Autore d'un reato è solo la persona umana, l'essere che pensa e vuole ed ha unità di coscienza: il che certo non può dirsi della persona morale che sussiste in virtù della legge; poichè, se ben si considera, sussiste l'università solo in quanto allo scopo determinato, e fuori di esso i membri che la compongono non operano come università costituita, ma come singolari persone. Ora il commettere un reato non sta nello scopo dell'associazione (chè una tale associazione non sarebbe riconosciuta dalla legge), e quindi, se reato si commette, non è da punire l'università intera, ma sono da criminare secondo il grado della loro colpa i singoli membri che vollero commetterlo. Nè altrimenti statuirono i Romani (y): benchè qualche passo male interpretato abbia fatto seguire contraria opinione (z).

Che Ulpiano in quest'ultimo passo per *populus*, *curia*, *collegium*, *corpus* non voglia intendere università, persone morali, si comprende dalle parole *singularis*

(r) L. 8. §. 1. in fin. de servit. (8. 1).

(s) L. 1. §. 22. de acq. vel am. poss. (41. 2).

(t) L. 2. de acq. vel am. poss. (41. 2).—L. 7. §. 3. ad exhib. (10. 4) — v. Savigny, Sist.

II. §. 91.

(v) *Muhlenbruch*, I. §. 196.

(y) *Sintenis de delictis et poenis universitatum Servetiae*, 1825.—L. 15. §. 1. de dolo malo (4. 3). *Ulp.* Sed an in municipes de dolo detur actio, dubitatur. Et puto, ex suo quidem dolo non posse dari; quid enim municipes dolo facere possunt? Sed si quis ad eos pervenit ex dolo eorum, qui res eorum administrant, puto dandam, de dolo autem decurionum in ipsos decuriones dabitur de dolo actio.

(z) L. 9. §. 1. quod met. caus. (4. 2). *Ulp.* Animadvertendum autem, quod Praetor hoc Edicto generaliter et in rem loquitur, nec adicit a quo gestum; et ideo si singularis sit persona, quae metum intulit, vel *populus*, vel *curia*, vel *collegium*, vel *corpus* huic Edicto locus erit.

persona; ed infatti non è dubbio che molti membri di una università, o tutti ancora, possono commettere un delitto; ma resta sempre il principio che queste persone individualmente saranno imputabili delle loro azioni (aa); e ciò è confermato da moltissime leggi.

§. 27.

2) Termine dell' università.

Termina la università quando vien meno uno degli elementi essenziali che la costituiscono, e specificamente:

1) quando i membri consociati per comune consenso si sciolgono, sebbene non sempre l'università cessi immediatamente;

2) quando l'ultimo de'membri è morto (a);

3) e finalmente quando lo Stato, che le ha accordato i diritti di persona morale, annulla la sua concessione.

Quanto al patrimonio dell'università dopo lo scioglimento di essa si hanno le seguenti regole:

1) quando l'università è pubblica, ed i beni son patrimonio dello Stato, questi ricadono allo Stato medesimo;

2) quando poi essa è privata, o negli statuti è fissata la destinazione del patrimonio, e si provvederà nel modo posto; oppure mancano gli statuti o in essi non v'ha su ciò deliberazione, ed allora i beni considerati come *bona vacantia* sono devoluti al fisco;

3) nel caso che l'università venga abolita dallo Stato, o si sciolga per comune consenso, i beni si spartiscono tra i membri (b).

C) Di alcune università in particolare.

§. 28.

1) Del Fisco.

T. D. de iure fisci (49. 14) — T. C. de iure fisci (10. 4).

S'intende per fisco il complesso del patrimonio dello Stato costituito come persona morale, o con altre parole lo Stato quale subbietto di diritto.

Il fisco non solo è persona morale e capace di diritti, ma gode molti

(aa) V. *Vangerow*, O. c. f. §. 53.

(a) L. 7. §. 2. h. t. (3. 4). — Ved. not. a. del §. 25.

(b) L. 3. pr. de colleg. et corp. (47. 22). *Mare*. Collegia si qua fuerint illicita, mandatis, et constitutionibus, et senatus-consultis dissolvuntur. Sed permittitur iis, quum dissolvuntur, pecunias communes, si quas habent, dividere pecuniamque inter se partiri.

ed importanti privilegi sopra le altre persone e fisiche e morali; per vero:

1) ne' diritti di obbligazione il fisco è preferito ai privati; ha l'ipoteca legale, ed è privilegiato in un concorso di creditori;

2) quanto agl'interessi il fisco potrà stipularli anche più del 6 per cento, ch'è il limite segnato per le contrattazioni private (a);

3) se il fisco abbia venduto la cosa di un terzo, questi non potrà annullare la vendita, ma avrà solamente un'azione per risarcimento di danni (1).

ANNOTAZIONE

(1) Si fa ancora questione sovra un passo di Modestino, il quale suona: *Non puto delinquere eum, qui in dubiis questionibus contra fiscum facile responderit* (b). Alcuni credono che il giudice in casi dubbii debba decidere contra il fisco. A costoro domandiamo: perchè il fisco, che è in ogni caso privilegiato, qui dev'essere posposto alle altre persone? Vera è quest'altra interpretazione, la quale intende così il passo di Modestino: il giudice deve ne' casi dubbii favorire sempre il fisco come persona privilegiata; ma non commette delitto se talora gli decide contro.

§. 29.

2) Delle fondazioni pie.

Una quantità di beni diretta ad uno scopo pio e di comune utilità, può esser riconosciuta come persona giuridica o morale che dir si voglia. Come tale avrà tutti quei diritti che sono concessi alle altre persone morali, sebbene venga sommersa alcuna volta alla vigilanza ed al riscontro di una poiestà ecclesiastica o secolare (a).

ANNOTAZIONE

È controverso nelle moderne scuole se i beni delle fondazioni pie rappresentino di per sè una persona giuridica. Alcuni giuristi e segnatamente il *Rosshirt* (b), hanno del tutto negato i diritti di persona morale alle fondazioni *pia causa*; ed affermano che i beni debbono considerarsi come beni della Chiesa o dello Stato. Questa opinione non è vera; e, sebbene a prima giunta sembri rafforzata da alcuni passi del Codice, non è poi così (c). I sostenitori di essa hanno confuso la questione della esistenza con quella dell'amministrazione (d). È indubitato per altro che alcune fon-

(a) L. ult. C. de fiscal. usur. (10. 8).

(b) L. 10. de iure fisci (49. 14).

(c) L. 23. C. de SS. Eccles. (1. 2).—L. 35. C. de episc. et cler. (1. 3).—N. 131. c. 10. 11. 13.

(d) Archivio per la procedura civile. V. 10. N. 13.

(e) L. 24. 49. C. de episc. (1. 3).

(f) *Puchta*, man. delle Pandette §. 27. n. k.

dazioni dipendono dalle chiese, dallo Stato o da una città, ed allora esse non hanno propria esistenza; ma sarebbe errore ammettere questo principio come massima generale (c).

APPENDICE II.^a

Manumissione.

Sebbene la libertà umana non fosse in Roma concepita nella sua altezza e universalità, e fosse ammessa come diritto la schiavitù, i Romani tuttavolta non ne stabilirono la perpetuità, e, superiori in ciò agli altri popoli, sancirono per legge che uno schiavo potesse addivenir libero. L'atto di affrancare lo schiavo dicevasi *manumissio*. Questa era solenne o semplice; la prima era di tre specie: *vindicta*, *censu*, *testamento*; la seconda distinguevasi in *manumissio inter amicos*, *manumissio per epistolam per convivium*, ecc.

La manumissione per *vindicta* o *manumissio* propriamente detta era la dichiarazione del padrone di voler mettere in libertà il proprio schiavo; il che, dovendo far cambiare lo stato della persona in modo che un obbietto di diritto addivenisse subbietto, dovea farsi colla forma di una *legis actio*, e specialmente per mezzo della *vindicatio in libertatem* davanti al magistrato (*in iure*).

Il difensore dello schiavo (*assertor*) presentavasi come reclamante contro il padrone, che faceva le parti di convenuto; e cominciava il processo col dar di piglio allo schiavo, toccandolo col bastone (*festuca vindicta*), e pronunziando le seguenti parole stabilite dalla legge: *hunc ego hominem ex iure quiritium meum esse aio secundum suam causam sicut dixi*; *ecce tibi vindictam imposui*: alle quali parole seguiva il *sacramentum*. Il convenuto avrebbe allora dovuto pronunziare la *contra vindicatio*, ma poichè egli era di accordo col reclamante, si dichiarava *confessus*, cioè invece di dar di piglio alla *vindicta* e pronunziare le parole della *vindicatio*, rilasciava (*manumittebat*) lo schiavo, sul quale fin dal principio tenea le mani, palestando la sua volontà o col farlo girare (*circum agere, vertere*) intorno a sè, o col pronunziare espressamente le parole: *hunc hominem liberum esse volo*. Dopo di che il magistrato dichiarava libero perfettamente lo schiavo (a). Questa forma di manumissione che fu la più antica, si rese sempre più semplice; fino ad ammettere sufficiente la dichiarazione del padrone davanti al magistrato senza l'intervento di altre persone e senza altre solennità (b).

La manumissione per censo avea luogo, quando il padrone presentava il suo schiavo al censore, che, accogliendone la professione, lo rendeva libero e cittadino. La *professio* consisteva nel nominare lo schiavo che si volea affrancare nell'esposizione che far si doveva del proprio stato; perchè così lo schiavo era tolto dal novero delle cose e de' beni posseduti, e riceveva i diritti di persona.

Finalmente compivasi la manumissione per testamento, dichiarando apertamente in esso di far libero lo schiavo colle parole: *liber esto, liber sit, liberum esse iubeo*: dato che lo schiavo fosse posseduto *ex iure quiritium* nel tempo della formazione del testamento e della morte. Oltre questa *libertas directe data* in cui il testa-

(c) V. Vangerow, O. c. I. §. 60. Savigny, II. §. 84. Puchta O. c. §. 27.

(a) V. Puchta, Cors. d'Ist. V. II. §. 211.

(b) L. 5. de man. vind. (40. 2).

tore stesso era il *manumissor*, vi avea pure la *libertas fideicommissaria* per cui altri obbligava l'erede ad affrancare uno schiavo. La manumissione testamentaria avea effetto dal momento, che l'eredità era accettata, purchè non fosse sottoposta a condizione sospensiva (c). Queste tre forme d'affrancazione erano ancora le sole al tempo di Cicerone (d); ma poscia furono ammesse le altre più libere *inter amicos* e *per epistolam*. La prima consisteva nel dichiarare a voce libero lo schiavo davanti a cinque testimoni; la seconda con uno scritto segnato dal padrone e da cinque testimoni. Potevasi anche dar tacitamente la libertà di fatto, trattando lo schiavo come libero (*per mensam*, e simili). Ma queste manumissioni non dettero allo schiavo il diritto di libertà, che per la legge *Iunia*, la quale rendeva simili affrancati non cittadini ma Latini. Una novella forma di manumissione fu introdotta da Costantino mercè dichiarazione di dar la libertà allo schiavo, fatta nella chiesa ed in presenza dei sacerdoti che ne sottoscrivevano l'atto.

Quanto alla facoltà di manomettere, essendo la manumissione una maniera d'alienazione, l'avea colui solamente, che poteva alienare.

Ma pure nelle leggi romane si osserva una certa restrizione del diritto di dar la libertà allo schiavo, mentre quanto alla forma si è notato un progresso di agevolazione. Alcune di queste restrizioni hanno motivo giuridico; altre all'opposto sono dettate da necessità politica, e sono speciali tanto, che senza la legge che le sancisce, non avrebbero ragion di essere. Se molti proprietari avevano condominio sopra un solo schiavo, uno di essi non poteva affrancarlo, ma il suo atto valeva come rinuncia della sua parte, che ricadeva agli altri condomini; in fine allora poteva affrancarlo, quando costringeva gli altri a cedere le loro porzioni per l'equivalente valore ed aggiudicare a lui tutta intera la proprietà; questa cessione fu fatta obbligatoria da Giustiniano, il quale ne determinò il prezzo legale, e tolse via il *ius accrescendi* (e). Similmente quando era costituito l'usufrutto di uno schiavo, e durante l'usufrutto, il proprietario lo manometteva, l'atto della manumissione non era nullo, ma lo schiavo non acquistava la piena libertà di diritto, se non quando finiva l'usufrutto; stantechè la sua libertà avrebbe leso il diritto dell'usufruttuario. Questa limitazione nasce da un principio giuridico, e Giustiniano, affermandone la giustizia, ammise solamente il diritto dello schiavo di esser libero anche durante l'usufrutto, senza pregiudicare in nessun modo l'usufruttuario. Dalla medesima natura è la determinazione della legge *Aelia Sentia*, la quale permise di oppugnare una manumissione fatta in *fraudem creditoris*, perocchè per mezzo di essa si diminuiva il patrimonio del debitore, ovvero si aumentava l'insolvenza di lui; regola estesa da Adriano anche ai peregrini con un Senatoconsulto (f). Erano *statuliberi* tutti gli schiavi, che per promessa avuta avean diritto d'essere affrancati in un tempo designato, o per una condizione avvenire.

Le limitazioni, che ebbero natura più politica che giuridica, e che veramente apportarono cangiamenti al principio della manumissione, furono determinate da due leggi, le leggi *Aelia Sentia*, e *Furia Caninia*. Colla prima si limitò il diritto del manumittente, il quale non poteva affrancare, se non avesse almeno venti anni; dip-

(c) L. 23. manum. test. (40. 4).

(d) Cic. Top. 2.

(e) L. 1. C. de com. serv. man. (7. 7).

(f) L. 1. §. 1 de statul. (40. 7).

più poteva solamente esser valida la manumissione fatta *per vindictam*, ma il padrone doveva provarne la *iusta causa* innanzi ad un *consilium* composto in Roma da cinque Senatori e cinque cavalieri, e da vent' *recuperatores* tutti cittadini romani nelle provincie (g). Ancora questa legge prescrisse, che la manumissione di uno schiavo minore di trenta anni era sempre invalida, quando non se ne poteva provar la *iusta causa* dinanzi al *consilium*. L'affrancazione di uno schiavo condannato per delitto o marchiato era possibile, ma questi non addiveniva nè *civis* nè *latinus*, ma aveva l'infimo grado della libertà, *dediticiorum numero*, e non poteva dimorare che ad una certa distanza da Roma; qualora egli fosse sorpreso di qua del *centesimum miliarum*, era come schiavo venduto in vantaggio dello Stato senza speranza di acquistare mai più la libertà (h).

La legge *Furia* statui che chi avesse tre schiavi, non poteva manometterne che due nel testamento; chi ne avesse da quattro a dieci, non più della metà, da undici a trenta, non più di un terzo, da trentuno a cento, non più di un quarto, e non più di una quinta parte, chi ne avesse da cento a cinquecento; e finalmente nessuno per qualsivoglia numero poteva affrancare più di cento schiavi.

La violazione di questa legge rendeva nullo l'atto.

Delle due specie di limitazioni esposte Giustiniano abolì quelle che prendevano origine dalle condizioni dei tempi in cui la legge fu fatta. Le leggi *Aelia Sentia* e *Furia Caninia* dunque furono abolite, ritenendo solamente quelle disposizioni fatte in vantaggio del manomittente e de' diritti del terzo.

Con tutte queste restrizioni non cessavasi però di sgrossare l'antica forma in modo da esser qualche volta inutile anche l'atto stesso della manumissione. Di tale carattere è l'editto di Claudio, che rendeva libero lo schiavo ammalato abbandonato dal suo padrone; e similmente quella serie di senaticonsulti sotto Adriano, i quali ordinarono di aggiudicare la libertà, qualora l'erede, che si era obbligato per fidecommesso all'affrancazione, cercasse di esimersi dall'obbligo con l'assenza anche giusta, o qualora fosse domiciliato in altre provincie (SC. *Rubrianum*, SC. *Dasumianum*, SC. *Articulcianum* (i)).

APPENDICE III.^a

Cittadinanza.

La cittadinanza, nascendo dall'idea del proprio consorzio e della patria preclusa agli altri, era pel Romano il massimo diritto, ed in sè comprendeva libertà e famiglia: onde, anche più che il concetto di libertà, quello di cittadinanza ed il suo svolgimento, è la chiave del progresso del diritto privato, ch'è monumento della sapienza, e della vera gloria del popolo romano, ed è come pietra fondamentale di quella civiltà ch'è vanto delle età moderne. Da questa idea di cittadinanza discende che chi non è cittadino romano, non ha diritti, e però nelle leggi antichissime vediamo dure e rigorose conseguenze di tale principio: chi è straniero alla società romana, è nemico, nè può esser garentito dalle leggi, perchè, non avendo cittadinanza, non ha per-

(g) *Ulp. Fragm.* I. 13. — L. 7. §. 1. qui et a quib. (40. 9).

(h) T. C. *dediticia libert.* toll. (7. 3).

(i) *Puchta*, I. c.

Diritto romano.

sonalità; onde Cicerone che ci rammenta questo stato antico, scrive: « *Hostis apud maiores nostros is dicebatur, quem nunc peregrinum dicimus. Indicant XII tabulae; aut status dies cum hoste. Item: adversus hostem aeterna auctoritas* (a) ».

Appena il Romano sentì essere angusti troppo i confini del suo territorio, e cominciò la sua missione di conquista e di civiltà, e fin da quando l'umanità prese a rivendicare mercè la manumissione il diritto di libertà dell'uomo, sorge un nuovo principio di equità ed una nuova politica, a cui ostava il considerare prive d'ogni diritto le altre genti, che ormai venivano in relazione coi Romani.

Nè ostava di meno all'orgoglio romano il far partecipi della loro cittadinanza genti straniere: onde fu bisogno creare novelle regole giuridiche, mercè cui e si garantissero i diritti del non Romano, e si lasciasse inviolato quel diritto che il popolo romano per sè costituiva. Nella facoltà di governarsi secondo il diritto civile, o secondo quello delle genti, si riducono le differenze tutte della cittadinanza; e di vero il cittadino avea i diritti di persona civile, non così il peregrino, a cui dava personalità il solo diritto delle genti.

Una condizione intermedia era quella del Latino, il quale partecipava ad alcuno de' diritti civili di Roma, ed era nel resto pareggiato a' peregrini: poichè avea il *ius commercii*, come i *cives*, ed era privo, come i peregrini erano, del *ius connubii*.

Adunque il vero contrapposto del *civis* era il peregrino incapace del *commercium* e del *connubium*; persona secondo il diritto delle genti, egli rimaneva straniero, finchè un atto solenne o semplicemente giuridico non lo facesse degno della romana cittadinanza; o se mai applicar doveasi per lui qualche massima di diritto civile, v'era bisogno di ricorrere alle finzioni di diritto, dovendosi in lui supporre per alcun tempo la qualità di cittadino (§. 16. ann. 3).

Si nasceva peregrino, quando specialmente la madre fosse peregrina, qualunque fosse poi la condizione del padre; o tale si diventava per mezzo della *capitis deminutio media*, o per affrancazione contraria alla legge *Aelia Sentia*, per mezzo della quale fuvi un'altra distinzione di peregrini, imperocchè alcuni affrancati vennero agguagliati alla condizione di quei popoli assoggettati a Roma per forza ovvero per dedizione (*dediticii*), la condizione de' quali sottostava a quella degli altri popoli, e siffatti manumessi furon detti *deditiorum numero ex lege Aelia Sentia* (b).

Un'altra condizione poi era quella dei Latini, i quali, come abbiain detto, in parte erano equiparati ai cittadini, in parte ai peregrini. La concessione del *commercium* è certamente un favore dato al popolo latino in preferenza degli altri socii, e che probabilmente risale alle più antiche origini del popolo romano. Ma anche in questa classe eranvi due gradazioni che nascevano dalla natura del diritto concesso; il *commercium* in vero comprende in sè due diritti distinti, la facoltà di acquistare per diritto civile, e quella di far testamento; ora queste due facoltà differenti del commercio facevano la distinzione dei Latini, che avevano tutto intero il *commercium* come i Latini del Lazio, quelli dei Comuni, ai quali era concesso il *ius latii* o i *latini coloniarii*; e di quelli che avevano sì la facoltà di acquistare per diritto civile, ma non di testare validamente. Questi Latini erano gli affrancati semplicemente *inter amicos* o per *epistolam*, gli schiavi affrancati solamente dall'obbligo di servire come quelli ai quali la legge Giulia Norbana dava la libertà latina, detta però *latini in-*

(a) *Cic. de off. l. c. 12.*

(b) *Gai., l. n. 13.*

niani: e da ultimo Latino di questa condizione era lo schiavo affrancato che avesse avuto meno di trent'anni contro la disposizione della legge *Aelia Sentia*.

II. Come non si negava allo schiavo la possibilità di addivenir libero, neppure al peregrino e al Latino era negato lo addivenir cittadino quando che sia, anzi al Latino era accordato con maggior facilità. Ed acquistava la piena cittadinanza:

1) quel Latino delle colonie che avea esercitato la magistratura nella propria città;

2) per determinazione della legge *Aelia Sentia* quel Latino che prendeva a moglie una Latina colonaria, o una *civis* secondo la legge Giunia, e dichiarava avanti a sette testimoni di contrarre un legittimo matrimonio, acquistava allora la cittadinanza, quando presentavasi al pretore o al preside della provincia con un figlio *anniculus* ed esponeva quei fatti (*causa probare*); il qual dritto fu da Vespasiano esteso anche ai Latini giuniani;

3) per mezzo della legge Visellia il Latino che avea servito sei anni, ridotti poi a tre, nei *vigiles* di Roma;

4) il Latino che fabbricava una casa in Roma, applicandovi una parte de' beni assegnata dalle leggi;

5) il Latino che fabbricava un mulino con forno (*pistrinum*), e forniva Roma di farina e di pane;

6) anche la Latina che avea procreati tre figli;

7) per editto di Claudio il Latino che costruiva un vascello di determinata grandezza;

8) finalmente tutti i Latini e i peregrini potevano divenir cittadini per mezzo di speciali concessioni degl'imperatori; delle quali le più importanti furon quella della legge Giulia (664) che diede la *civitas* alle città italiche, e quella di Caracalla che la estese a tutti i cittadini dell'impero.

Pure si noti che la legge di Caracalla non tolse via interamente la differenza dei Latini e dei peregrini, poichè per le leggi antiche ancora vigenti, come la *lex Aelia Sentia*, e per effetto delle manumissioni semplici *inter amicos*, ecc. si formavano novelle schiere di Latini e peregrini. La peregrinità e la latinità non furono perfettamente abolite, che da Giustiniano (c).

APPENDICE IV.^a

Persone giuridiche.

Ne' primi tempi di Roma non v'erano persone giuridiche, perchè non richieste ancora da' bisogni civili. Erano associazioni di sacerdoti e di artigiani, che formavano comunità, ma non erano considerate direttamente come capaci di proprietà; poichè i mezzi o venivano loro somministrati dallo Stato, o erano messi fuori commercio, come le cose appartenenti al tempio. L'idea di persone giuridiche nacque primieramente quando, accresciutosi lo Stato romano, sursero dei Comuni sotto la dipendenza di Roma; ma in seguito passò alle antiche associazioni di sacerdoti, di artigiani, ai soggetti ideali, come i templi e gli Dei, e infine per astrazione allo Sta-

(c) L. un. C. de dedit. lib. toll. (7. 5).—L. un. C. de lat. lib. toll. (7. 6).—Puchta, O. c. §. 214. ss.

to, considerato sotto il nome di fisco. Le persone giuridiche distinguevansi in 4 classi generali; 1. Persone giuridiche che hanno un fondamento naturale e necessario. 2. Persone giuridiche volontarie, che hanno per fondamento una riunione di persone. 3. Persone giuridiche che hanno un fondamento ideale, cioè il fine per cui esistono. 4. Il fisco, che ha una natura tutt'a parte dalle altre persone giuridiche.

I. Tra le persone giuridiche naturali e necessarie primeggiano i Comuni, detti *Municipes* o *civitates*, dei quali ciascuno aveva il proprio territorio e la propria amministrazione, e tutti erano considerati come tanti Stati sotto la dipendenza di Roma.

Appresso vengono i villaggi (*Vici*) che non avevano indipendenza politica, ma erano capaci di possedere, e muover lite; e tengono luogo intermedio tra i Comuni e i villaggi i *Tora*, *concitiabula*, *castella*. Quando Roma conquistò le terre fuori di Italia, queste, sotto il nome di Provincia, ebbero la qualità di persone giuridiche simile a quella de' Comuni.

II. Tra le associazioni volontarie si annoverano in primo luogo le società religiose, cioè i collegi di sacerdoti, e le Vestali, che potevano acquistare, e succedere per testamento. In secondo luogo le associazioni degli ufficiali o magistrati inferiori, presto formatesi a corpi; tra cui vi ha principalmente il ceto degli *scribae* appellati anche *decuriati* dalla loro divisione in *decurie*. Questi corpi ebbero in Roma molte distinzioni e molti privilegi. In terzo luogo le associazioni degl' industriali, a cui appartenevano gli antichi corpi di artigiani, e i nuovi di pasticciieri, di barcaiuoli, e le così dette *societates*, cioè associazioni fatte per imprese industriali, come la società per l'esplosione delle mine, le società delle miniere saline e quelle per la percezione delle imposte. Infine le associazioni amichevoli (*sodalitates*, *sodalitia*, *collegia* *sodalitia*) surte al tempo di Catone il vecchio, che avevano per iscopo il tener conviti modesti, ma giulivi, e secondo i costumi antichi, cerimonie religiose in comune. Queste società somigliavano molto a' moderni circoli detti *club*, specialmente quando presero sembiante politico; e come furono alle volte cagioni di turbolenze, vennero quasi sempre proibite, e punite quindi come *crimen extraordinarium*.

Tutte quante le associazioni volontarie, oltre il nome generico di *universitates*, ebbero l'altro specialmente di *corpus* e *collegium*.

III. Le persone giuridiche ideali sono le fondazioni pie, le quali non hanno nei testi alcun nome speciale; quello di *pia corporazione* è moderno. Tali persone giuridiche erano rarissime ne' tempi antichi, e non avevano quel carattere ed importanza ch'ebbero di poi al tempo del Cristianesimo. Vi avea dapprima de' lasciti, delle donazioni a' templi, e dei beni impiegati per atti di beneficenza, ma non erano altro che beni addetti a quest'uso, senza rappresentanza giuridica, e sotto la dipendenza dello Stato.

Fu il Cristianesimo che assegnò come scopo all'attività umana la carità in sé stessa e le diede corpo per mezzo di fondazioni indipendenti e durevoli. Quindi sursero le Chiese, che avevano beni proprii, distinti da' beni ecclesiastici in generale, e gl'istituti di carità destinati a raccogliere gli ammalati, i pellegrini, i vecchi, i fanciulli, gli orfani e simili: individui e proprietari al medesimo titolo che le persone naturali o le corporazioni.

IV. Fisco. Lo Stato considerato come persona giuridica era anticamente detto *aerarium*, inquantochè, come soggetto di diritto, ricevea tutte le rendite e i tributi che si pagavano da' sudditi. Quando poi il Senato e l'Imperatore si divisero l'ammi-

nistrazione dello Stato, il nome di erario rimase alla cassa di amministrazione del Senato; ed a quella dell'Imperatore si diede il nome di *Fiscus* da' panier di vimini che si usavano a portare i tributi all' Imperatore. Il quale, avendo in seguito attribuito a sè medesimo tutte le funzioni dello Stato, fece abolire l'*aerarium*, e così *Fiscus* fu il nome con cui veniva designato lo Stato quale soggetto morale o persona giuridica.

CAPITOLO III.

DELLE COSE.

§. 30.

I. Concetto di cosa.

T. Inst. de rebus corporal. et incorporal. (2. 2). — Schilling, Manuale delle Istituzioni II. §. 50. 58.

Intendesi per *cosa* nel suo più ampio significato tutto ciò che è o può essere obbietto di diritto, o il diritto stesso (a). In questo concetto generale fa mestieri distinguere in primo luogo quegli obbietti che hanno esistenza materiale, ossia le cose nello stretto significato, che consistono in tutto ciò che è nello spazio, che ci circonda, e che è percepito per mezzo de' sensi (*res, quae tangi possunt*); i Romani per ciò la distinguevano con le parole *res corporalis*; ed in secondo luogo le cose che non hanno esistenza materiale, e prendono perciò il nome di cose incorporali, *quae tangi non possunt, sed in iure tantum consistunt*, ossia ciò che si può percepire solamente coll' intelletto; così tutt' i diritti, e i rapporti giuridici (b).

Riunite insieme queste due idee, delle cose corporali cioè e delle incorporali si ha tutta l'oggettività del diritto.

Il concetto naturale delle cose è stato, così come quello delle persone naturali, esteso ancora più; non altrimenti che una quantità più o men

(a) L. 3. pr. L. 23. de V. S. (30. 16). Rei appellatione et causae, et iura continentur.

(b) L. 1. §. 1. de divisione rerum (1. 8). *Gai.* Quaedam praeterea res corporales sunt, quaedam incorporales. Corporales hae sunt, quae tangi possunt, veluti fundus, homo, vestis, aurum, argentum, et denique aliae res innumerabiles. Incorporales sunt, quae tangi non possunt; qualia sunt ea, quae in iure consistunt, sicut hereditas, usufructus, obligationes quoquo modo contractae. Nec ad rem pertinet, quod in hereditate res corporales continentur; nam et fructus, qui ex fundo percipiuntur, corporales sunt; et id, quod ex aliqua obligatione nobis debetur, plerumque corporale est, veluti fundus, homo, pecunia; nam ipsam ius accessionis et ipsum ius utendi fruendi et ipsum ius obligationis incorporale est. Eodem numero sunt et iura praediorum urbanorum et rusticorum, quae etiam servitutes vocantur. — §. 1. §. Inst. h. t. — V. anc. L. 13. §. 1. de damno infecto (39. 2). — L. 4. §. 27. de usucap. (41. 3). — *Ulp.* XIX. 11. — fragm. Vat. §. 92.

grande di persone fisiche può formare un subbietto di diritto (*universitas personarum*), una quantità più o men grande di cose, concepite in un tutto, può formare un obbietto di diritto (*universitas rerum*). Similmente come una moltitudine di cose corporali alle volte si rappresenta in diritto come una cosa sola, così l'insieme di cose corporali ed incorporali può essere inteso come un solo obbietto (c).

II. Importanza giuridica delle cose.

§. 31.

A. Delle cose mobili ed immobili.

1) Le cose corporali di loro natura sono mobili od immobili: queste sono le cose che perennemente stanno, e che non sono capaci di movimento nè per propria, nè per esterna forza; in tal significato il suolo è immobile (a).

2) Le cose sono ancora immobili, non per loro natura, ma per destinazione; ed in questo significato sono considerate dal diritto immobili le piante attaccate al suolo, i frutti agli alberi e simigianti (b).

a) Le cose immobili si distinguono in rustiche ed urbane (*praedia rustica et urbana*). I Romani intendevano per fondi urbani tutti gli edifici situati in città o in campagna; fondi rustici al contrario quelli, dai quali se ne ricavano frutti; però un orto, il quale è messo con l'edificio di modo che ne forma un accessorio, è un fondo urbano (c).

I Romani adoperavano anche la voce *praedium suburbanum* per in-

(a) L. 18. §. 2. de hered. pet. (5. 3). *Ulp.* Nunc videamus, quae veniant in hereditatis petitione. Et placuit, universas res hereditatis in hoc indicium venire, sive iura, sive corpora sint.

(b) L. 113. 241. 244. de V. S. (30. 16).

(c) L. 1. §. 6. de vi (43. 16). *Ulp.* Illud utique in dubium non venit, interdictum hoc ad res mobiles non pertinere; Plane si quae res sint in fundo, vel aedibus, unde quis directus est; etiam eorum nomine interdictum competere. — L. 3. §. 13 eod.—L. 1. §. 1 de usufr. quemadm. (7. 9).—L. 40. de act. emt. vend. (19. 1).—L. 44 de R. V. (6. 1). *Gai.* Fructus pendentes pars fundi videntur.

(e) L. 3. 4. §. 1. quibus caus. pig. (20. 2).—§. 1. Inst. de servit. (2. 3).—L. 1. pr. comm. praed. (8. 4). — L. 198. de V. S. (30. 16). *Ulp.* Urbana praedia omnia aedificia accipimus, non solum ea, quae sunt in oppidis, sed et si forte stabula sunt, vel alia meritoria in villis et in vicis, vel si praetoria voluptati tantum deservientia, quia urbanum praedium non locus facit, sed materia. Proinde hortos quoque si qui sunt in aedificiis constituti, dicendum est urbanorum appellatione contineri. Plane si plurimum horti in reditu sunt, vinearii forte, vel etiam olitorii, magis haec non sunt urbana.

dicare quei terreni, i quali erano situati nelle vicinanze della città, che avevano coltura speciale (d).

2) Le cose si dicono poi mobili quando sia per forza propria sia per esterna possono mutare di luogo; se per propria si dicono *se moventes*, *moventes* se per esterna (e); tra le prime si distinguono le *ferae*, quelle che vagano liberamente; *bestiae mansuetar*, le altre che vivono con l' uomo; e finalmente *mansuetae*, quelle che domate restano presso dell'uomo, e sono considerate come mansuete finchè restano presso di lui (f).

Le sole cose corporali vanno soggette a questa divisione, poichè le incorporali non possono essere classificate nè tra mobili nè tra gl' immobili. Pure alle volte non è inutile, anzi è indispensabile, anche per le incorporali, la medesima divisione; in questo caso si hanno i seguenti criteri: i diritti sulle cose saranno considerati mobili o immobili, secondochè il loro obbietto è un mobile o un immobile: i diritti che saranno congiunti con una cosa immobile, verranno considerati della medesima natura: i diritti di obbligazione vanno per lo più sotto il concetto di cose immobili: da ultimo quando ogni altra via manca, supplisce la volontà delle parti (g).

§. 32.

B. Delle cose in commercio o fuori commercio.

Non tutte le cose sono idonee ad essere obbietto di diritto; in questo riguardo le cose corporali vanno divise in cose in commercio, e cose fuori commercio; quelle cioè che non possono formare obbietto di diritto, e quelle che ne sono capaci.

In questo luogo bisogna ricordare le cose di diritto divino (*divini iuris*), e le cose profane (*humani iuris*) (a).

1) Le *res divini iuris* sono fuori commercio; in esse si distinguono le *res sacrae*, le *sanctae*, e le *res religiosae*.

(d) L. 16. C. de praed. min. (3. 71).

(e) L. 93. de V. S. (50. 16). *Cels.* Moventium, item mobilium appellatione idem significamus, si tamen appareat, defunctum animalium duntaxat, quia se ipsa moverent, moventia vocasse, quod verum est. — L. 13. §. 2. de re iudic. (42. 1.).

(f) L. 1. §. 6. de post. (3. 1). §. — 12-16. Inst. de rer. div. (2. 1.). — L. 5. §. 1. 6. de adqn. rer. dom. (41. 1.).

(g) ved. L. un. §. 1. C. de usuc. transf. (7. 31). — L. 13. de R. 1. (50. 17).

(a) L. 1 pr. de div. rer. (1. 8). *Gai.* Summa rerum divisio in duos articulos deducitur; nam aliae sunt divini iuris, aliae humani. Divini iuris sunt veluti res sacrae et religiosae Sancta quoque res, veluti muri et portae, quodammodo divini iuris sunt. Quod autem divini iuris est, id nullius in bonis est, id vero, quod humani iuris est, plerumque alicuius in bonis est; potest autem et nullus in bonis esse.

a) Le *res sacrae* erano quelle consacrate alla divinità con cerimonie religiose e con l'intervento della pubblica autorità (b).

b) Erano *sanctae* quelle cose le quali, come si esprime Marciano, erano assicurate contro la ingiuria degli uomini con pene private, come le mura e le porte della città (c).

c) Finalmente dicevansi *religiosae* quelle che tale addivenivano per mezzo di un fatto dei privati, e particolarmente col sotterramento di un morto, purchè vi fosse l'intenzione di rendere il luogo religioso, e non di depositare per qualche tempo il cadavere. È d'avvertire però che le cose religiose non erano internamente sottratte al dominio delle persone, in quanto queste erano nel diritto d'usare di quel luogo. Il carattere di cosa religiosa si perdeva per mezzo della pubblica autorità, o quando un luogo simile cadeva in potere del nemico (d).

2) Le cose *humani iuris* sono per regola in commercio, ma in alcuni casi esse di diritto o di fatto sono fuori del dominio della persona. Tali sono :

a) le cose che in fatto non hanno alcun padrone, come le *res nullius*, le fiere che si trovano nella loro libertà naturale (e);

b) le cose, la cui proprietà non è possibile per speciale loro natura, *res communes omnium*, come l'aria, il mare la pioggia, ecc. (f). Si noti che qualcheduna di queste cose disgiunta può addivenire proprietà di privati, ma perde allora il suo carattere di cosa comune (g).

(b) L. 6. pr. de contrah. emt. (18. 1).—L. 6. §. 2. 3. de rer. div. (1. 8).—§. 7. 8. Inst. de rer. div. (2. 1). Nullius autem sunt res sacrae, et religiosae et sanctae quod enim divini iuris est, id nullius in bonis est. §. 8. Sacra sunt quae rite et per pontifices Deo consecrata sunt, veluti aedes sacrae et dona, quae rite ad ministerium dei dedicata sunt, quae etiam per nostram constitutionem (L. 21. C. de Sac. cul.) alienari et obligari prohibuimus excepta causa redemptionis captivorum. Si quis vero auctoritate sua quasi sacrum sibi constituerit, sacrum non est sed profanum. Locus autem, in quo aedes sacrae sunt aedificatae, etiam diruto aedificio sacer adhuc manet, ut et Papinianus scripsit.

(c) §. 10. Inst. de div. rer. (2. 1). Sanctae quoque res, veluti muri et portae, quodam modo divini iuris sunt, et ideo nullius in bonis sunt. Ideo autem muros sanctos dicimus, quia poena capitis constituta est in eos, qui aliquid in muros deliquerint. Ideo et legum eas portas, quibus poenas constituimus adversus eos, qui contra legem fuerint, sanctiones vocamus. — L. 8. 9. §. 3. 4. L. 11. cod.

(d) §. 9. Inst. de rer. div. (2. 1). Religiosum locum unusquisque sua voluntate facit, dum mortuum inferi in locum suum. — ved. anc. T. D. de mort. infer. et sep. edif. (11. 8).—L. 34 de religiosis (11. 7). — L. 14 C. cod. (3. 44).

(e) §. 12. Inst. de rer. div. (2. 1).

(f) L. 2. §. 1. de div. rer. (1. 8). Marcian. Et quidem naturali iure omnium communia sunt illa, aer, aqua proflueus, et mare, et per hoc litora maris. — L. 3. 4. cod.

(g) L. 10. cod. — L. 14. 50. de acq. rer. dom. (41. 1). — L. 3. 4. ne quid in loc. pub. (43. 8).

c) Le cose che sono destinate all' uso pubblico ; come il suolo delle pubbliche piazze, le strade pubbliche ed i fiumi navigabili (h).

§. 33.

C. Delle cose fungibili e non fungibili.

1. Le cose si possono presentare alla nostra percezione, o individualmente, *species*, *certum corpus*, o come obbietti di un genere, *genus*, *incertum corpus*. Queste seconde sono appellate nei fonti *res*, *quae numero, pondere, mensura consistunt*, dette altrimenti *fungibili*, non *fungibili* le prime. Da ciò nasce che quando ne' rapporti giuridici si pretende una determinata cosa, ossia quando la cosa si presenta nella sua individualità, il promettente non potrà sostituire a quella pretesa un' altra cosa, allora è non *fungibile*; quando invece è indifferente se venga data una cosa piuttosto che un' altra, o si ha facoltà di sostituirla un' altra della medesima qualità e quantità, allora *functionem recipit*, ed è *fungibile* (a).

2. Questa distinzione ne ha generata un' altra; le cose *fungibili* in massima parte si sono appellate consumabili, non consumabili le altre. Questa distinzione, sebbene sembra che nasca dalla prima, pure deve essere giuridicamente distinta, perchè non sempre è il caso che le cose fungibili siano consumabili, e per converso (b); ed anche perchè si trovano le due locuzioni usate in senso diverso in varii istituti giuridici. È cosa consumabile quella che con l' uso cambia la sua natura.

Una cosa *fungibile* per eccellenza è la moneta, la quale non si presenta mai nella sua individualità, ma sempre nel suo valore.

(h) L. 1 §. 21. 22. ne quid in loc publ. (43. 8). Ulp. Viarum quaedam publicae sunt, quaedam privatae, quaedam vicinales. Publicas vias dicimus, quas Graeci βασιλικὰς (*regias*), nostri praetorias, alii consulares vias appellant. Privatae sunt, quas agrarias quidam dicunt. Vicinales sunt viae, quae in vicis sunt, vel quae in vicos ducunt. Has quoque publicas esse quidem dicunt; quod ita verum est, si non ex collatione privatorum hoc iter constitutum est. — L. un ut in flum. publ. (43. 14). — L. 1. §. 3. de flum. (43. 12). Ulp. Fluminum, quaedam publica sunt, quaedam non; Publicum flumen esse Cassius definit, quod pereunne sit; haec sententia Cassii, quum et Celsus probat, videtur esse probabilis.

(a) L. 54. de V. O. (45. 1). — L. 6. pr. de rei vind. (6. 1). — L. 1. §. 7. ad leg. Falc. (35. 2). — 26. C. de usuris (4. 32). — L. 29. de solut. (46. 3). — L. 2 §. 1 de reb. cred. (12. 1): Paul. Mutui datio consistit in his rebus, quae pondere, numero, mensura consistunt; quoniam eorum datione possumus in creditum ire, quia in genere suo functionem recipiunt per solutionem magis, quam specie; nam in ceteris rebus ideo in creditum ire non possumus, quia aliud pro alio iuvito creditori solvi non potest.

(b) L. 30. §. 6. de legat. (30). — L. 34. §. 4. eod. — L. 37. pr. V. O. (45. 1). — §. 2. Inst. de usufr. (2. 4).

§. 34.

A. Delle cose dividue ed individue.

Le cose vanno distinte inoltre in divisibili ed indivisibili (*dividuae et individuae*). Quantunque le cose sieno per natura divisibili all' infinito, pure in diritto si dicono indivisibili quelle cose, la cui divisione venga a distruggerne la sostanza, o a diminuirne il valore totale. Pur ciò nonpertanto le cose si rappresentano in diritto o *pro parte divisae* o *pro indivisae*.

1) Le cose sono divisibili (*pro parte*), quando la cosa veramente si divide, sicchè da un tutto se ne fanno varie parti, delle quali ognuna da sè rappresenta un tutto: e qui bisogna fare la distinzione tra cose mobili ed immobili, in queste la divisione è possibile per mezzo di confini nei fondi, e di muri negli edificii, o di linee, in modo che ognuna delle parti si rappresenta come un tutto distinto; nelle cose mobili non è possibile, dacchè ognuna si rappresenta in natura come un tutto a sè (a) eccetto le cose fungibili.

2) Le cose possono dividersi idealmente (*partes pro indiviso*), o sia quando una cosa mobile od immobile tutta intera appartiene a molti, de' quali ciascuno ha solo una parte ideale, e non materiale della cosa medesima (b). Questa parte ideale in sè stessa non è veramente una parte della cosa, ma bensì una parte del diritto sulla cosa, ed in questo senso tutte le cose corporali ed incorporali, tranne alcune (*id est, unitum vocatur*) come certe servitù, sono divisibili (c).

(a) L. 19 pr. commun. divid. (10. 3). *Paul.* Arbor quae in confinio nata est, item lapis, qui per utrumque fundum extenditur, quamdiu cohaeret fundo, e regione cuiusque fluium utriusque sunt, nec in communi dividuando iudicium veniunt; sed quum aut lapis exemptus aut arbor eruta vel succisa est, communis pro indiviso fiet.

(b) L. 5. de stipul. servorum (45. 3). *Ulp.* Servus communis sic omnium est, non quasi singulorum totus, sed pro partibus utique indivisis, ut intellectu magis partes habeant, quam corpore. — V. L. 64. §. 4. de evict. (21. 2). — L. 5. §. 13. commodati (13. 6). — L. 25. §. 1 de V. S. (50. 16). *Paul.* Quintus Mucius ait, partis appellatione rem pro indiviso significari, nam quod pro diviso nostrum sit, id non partem, sed totum. Servius non ineleganter partis appellatione utrumque significari. — L. 26. de acquir. vel. am. poss. (41. 2).

(c) L. 25 quib. mod. usuf. (7. 4). — L. 1. §. 9. ad leg. Falc. (35. 2). — L. 2. §. 1. 2. L. 72 de V. O. (45. 1). *Ulp.* Stipulationes non dividuntur earum rerum, quae divisionem non recipiunt, veluti viae, itineris, actus, ceterarumque servitutum, etc.

§. 35.

B. Belle cose singole e complessive.

Le cose possono, secondo Pomponio, essere unite in tre modi:

1) Organicamente (*res unitae*); ed in questo caso le parti componenti questo tutto sono tra loro così coordinate che una dipende necessariamente dall'altra, allora si avrà la cosa singola.

2) Le cose possono essere numericamente e meccanicamente unite (*res connexae*), ma non così che una dipende necessariamente dall'altra.

3) Finalmente le parti di un tutto possono essere non unite materialmente in nessuna esterna coerenza, ma vengono unite idealmente, cosicchè esse, mentre ognuna si considera un tutto per se stessa, formano insieme un tutto ideale (*universitates rerum*) (a).

Qui però è da riflettersi che i Romani appellavano *universitas rerum* anche le cose connesse (b), e di qui la distinzione tra le *universitates rerum cohaerentium*, e *universitates rerum distantium*.

ANNOTAZIONE

Per ciò che riguarda la *universitas rerum* si fa comunemente distinzione tra *universitas iuris* et *universitas facti*; la prima sarebbe il patrimonio preso nell'insieme, e pel quale è fondata un *actio in rem universalis*; onde sarebbe la massima *res succedit in locum pretii, et pretium succedit in locum rei*. Per l'esattezza di una simile teoria si cita un passo dei Digesti (b), reputandosi *universitates iuris* la eredità, ossia tutto il patrimonio del defunto, ed il peculio, ossia il patrimonio di una persona soggetta alla potestà di un'altra. Le *universitates facti* al contrario sarebbero tutte le altre *universitates rerum distantium*, appunto perchè per esse non è applicabile la sopraddetta massima caratteristica, come p. e. una gregge, una biblioteca, ecc.

Quantunque questa teoria paia a prima vista fondata, bisogna nondimeno dichiararsi contrarii a sì fatta divisione, come quella che si colloca sopra un testo franteso, e che potrebbe condurre ad erronee conseguenze (c). È mestieri dunque che si consideri:

(a) L. 30 pr. de usurp. et usuc. (41. 3). Pomp. Tria genera sunt corporum: unum, quod continetur uno spiritu ut graece *νομήϊον* vocantur, ut homo, tignum, lapis, et similia; alterum, quod ex contingentibus, hoc est pluribus inter se cohaerentibus constat, quod *συννημῖον* vocatur, ut aedificium, navis, armarium; tertium, quod ex distantibus constat, ut corpora plura non soluta, sed uni nomini subiecta, veluti populus, legio, grex.

(b) L. 23 pr. de usue. et usurp. (41. 3). — L. 1 §. 11. de acquir. rer. dom. (41. 1). — L. 8 quod vi sui clam (43. 24).

(c) L. 20. §. 10. de hered. pet. (5. 3).

(c) V. *Mühlenbruch*, Obs. iuris rom. Reg. 1818. c. 1.

1) La regola: *in universitatibus res succedit in locum pretii, et pretium succedit in locum rei* ha origine dal senatoconsulto Giuvenziano sotto Adriano sulla questione; che cosa dovrebbe restituire il possessore della eredità (d)? Il significato di questa massima è puramente il seguente. L'erede ha facoltà, ma non obbligo, di pretendere dal possessore dell'eredità il prezzo di una cosa ereditaria venduta da quest'ultimo, ed il lucro fattone, ed a questo riguardo è detto: *in locum hereditariae rei venditae pretium ei successisse, et quodammodo ipsam hereditarium factum*. Di qui si scorge chiaramente essere il significato di questa regola abbastanza ristretto nella *hereditatis petitione*; imperciocchè l'erede, eccetto qualche caso speciale, ha sempre il diritto di rivendicare le cose ereditarie dal terzo possessore. Si è voluto estendere questa regola mal compresa alle altre università per la leg. 20. §. 10. cit., la quale così si esprime: *Non solum autem in hereditate ulimur Senatusconsulto, sed in peculio castrensi, vel alia universitate*, che si è voluto interpretare in questa guisa: il senatoconsulto vale non solo in riguardo alla petizione dell'eredità promossa dal successore universale, ma ancora riguardo all'*actio in rem universalis*, con la quale il figlio di famiglia chiede il peculio che gli appartiene; e per altre simiglianti università di diritto. Tutto ciò è erroneo, giacchè, come dottamente prova il *Mühlenbruch* (e), l'interpretazione è piuttosto la seguente: il senatoconsulto trova la sua applicazione non solo riguardo alla vera eredità, ma anche per le altre successioni universali, come la successione del peculio castrense, ed altre ancora (come la *bonorum possessio, bonorum emptio, etc.*). Per questa giusta interpretazione appare di per sé impossibile qualunque estensione della regola, applicata così ristrettamente alla petizione di eredità.

2) Dalla medesima legge 20 prende nascimento l'altra caratteristica della così detta *universitas iuris*, cioè che sia il patrimonio di un individuo, pel quale è riconosciuta un'*actio in rem universalis*. Il che sarebbe possibile solamente a condizione che pel peculio e per le altre università potesse aver luogo un'azione universale simile a quella che ha l'erede in riguardo alla eredità. Quanto fondamento siavi in ciò si rileva dalla lettura del passo citato, nel quale l'azione è data esclusivamente per la petizione della eredità. Il peculio, che pure si ricorda come una delle principali università di diritto, non ha tale azione universale: onde espressamente è detto, non darsi una *vindicatio peculii*, ma vendicarsi solamente le *singulas res*. (f). In conclusione risulta, che i caratteri dati all'*universitas rerum iuris* non sono che proprio dell'eredità, e che erroneamente si son voluti estendere alle altre università. Se al contrario si volesse reputare la sola eredità come *universitas iuris*, a causa di tale carattere, non vi sarebbe nulla ad opporre, ma sempre più ragionevole sarebbe dare il concetto della università di cose, senza impigliarsi nella mal fondata distinzione *iuris et facti*.

È da aggiungere nondimeno, che fa d'uopo distinguere in ciascun fatto speciale, se l'università possa essere giuridicamente ritenuta come un tutto, o se venissero in considerazione le singole cose che la compongono. Nel primo caso l'*universitas rerum* somiglierebbe all'*universitas personarum*, stantechè in questo modo si avrebbe

(d) L. 20. §. 6. ss. L. 22. 23. de hered. pet. (5. 3).

(e) O. c. pag. 338.

(f) L. 36. de rei. vind. (6. 1). *Julian. Vindicatio non ut gregis, ita et peculii recepta est, sed res singulas is, cui lagatum peculium est, petet.*

un nuovo obbietto ideale di diritto, il quale è da distinguersi da ciascuno degli obbietti, dai quali è composto, rimanendo lo stesso anche se si operasse un cambiamento o una diminuzione nelle parti componenti. Tutt'altro è nel secondo caso, inquantochè ne' rapporti giuridici vengono sempre considerate le parti, che unite formano l'università, e che per caso e non essenzialmente vanno sotto nome collettivo. Per il primo caso si potrebbe ben adoperare l'espressione di *universitas iuris*, pel secondo il nome di *universitas facti*. Quando abbia luogo l'una o l'altra non può determinarsi con regola generale, ma può concepirsi solamente secondo la natura dei rapporti giuridici, e l'intenzione delle parti. Non vi ha adunque università, la quale assolutamente abbia il carattere di *universitas iuris* o *facti*, ma ciascuna delle molteplici università può secondo le circostanze ora prender l'uno ed ora l'altro carattere. Così verbigratia:

1) Nella teoria del possesso ed in quella dell'usucapione che ne dipende, non si dà *universitas iuris*, imperocchè è impossibile che si possedesse una cosa ideale; non si possiede nè si prescrive p. e. una gregge come tale, ma i singoli animali, e, se tra questi vi fosse una *res furtiva*, sarebbe impossibile per essa l'usucapione, laddove che sarebbe tutt'altro se potesse mai considerarsi come *universitas iuris*.

2) Quando l'università è obbietto di una vendita si può congetturare dall'intenzione delle parti, se la *universitas* è *iuris*, *aut facti*; se si trattasse p. e. della vendita di una biblioteca, e l'intenzione delle parti fosse quella di vendere e comprare la biblioteca senz'attendere ai volumi singolari che la compongono, è allora una *universitas iuris*; e la conseguenza sarebbe che non si potrebbe muovere azione in caso di evizione o per vizio occulto di qualche volume; laddove che sarebbe il contrario se l'intenzione delle parti desse motivo a considerarla come *universitas facti* (g).

F. Delle cose principali ed accessorie.

§. 36.

1) Delle Pertinenze.

Tra le cose accessorie, quelle cioè che, non avendo esistenza indipendente, sono collegate con altre o ne dipendono giuridicamente, è mestieri far parola prima delle pertinenze, le quali sono cose connesse alla principale in modo da formarne parte, quantunque ne avessero differente natura.

La qualità di pertinenza nasce tutta dalla dipendenza ed unione con altra cosa, a cui fu necessariamente destinata, e per la quale fu già messa in uso (a).

(g) *Vangerow*, Pand. §. 71.

(a) L. 13. §. 31. L. 17. §. 7. 8. de act. emul. vend. (19. 1). *Ulp.* §. 8. *Castella plumbea, putea, opercula puteorum, epitonia fistulis adplumbata, aut quae terra continentur, quamvis non sint aedificia, aedium esse constat.* §. 9. Item constat, sigilla, columnas quoque et personas, ex quarum rostris aqua salire solet, villae esse.

In questa relazione possono essere unite cose immobili con immobili, come mobili con mobili, come ancora mobili con immobili (b); senza esser necessario che fra loro lo siano corporalmente o meccanicamente (c). Così sarà pertinenza di un fondo tutto ciò ch' è congiunto al suolo, come gli alberi, gli edifizii, i frutti pendenti, ecc. (d). Ancora sarà pertinenza di un edificio non pure tutto ciò ch' è unito con esso (*fixa vincla*), ma quello ch' è destinato all' uso esclusivo dell'edificio medesimo, eccetto gli addobbi (e).

L' importanza giuridica della distinzione di cosa principale od accessoria viene da questo principio, che l'accessorio segue il principale. Onde nella vendita della cosa principale s'intende venduta nel tempo medesimo ogni sua pertinenza; come rivendicandosi la cosa principale, non vi è bisogno di un' azione speciale per rivendicarne le pertinenze.

§. 37.

2) Delle Spese.

T. D. de usuris et fructib. (22. 1).

Spesa (*impensa*) è tutto quello che s'impiega per vantaggio di una cosa.

Le spese sono *necessariae*, *utiles*, o *voluptuariae*: 1) necessarie sono quelle che sono impiegate per non far perire o deteriorare la cosa; 2) utili quelle che servono a migliorarne lo stato; 3) voluttuarie finalmente quelle che le danno ornamento e bellezza senza alcuna necessità (a).

(b) L. 52. §. 3. de act. em. vend. (19. 1). — L. 91. §. 3. 5. 6. de legatis (32). *Papinian.* §. 5. Qui domum possidebat, hortum vicinm aedibus comparavit, ac postea domum legavit; si hortum domus causa comparavit, ut amoeniorem domum ac salubriorem possiderat, aditumque in eum per domum habuit, et aedium hortus additamentum fuit, domus legata continebitur. — L. 3. §. 11. L. 4. pr. de pen. legata (33. 9).

(c) L. 17. pr. de act. emt. vend. (19. 1.)

(d) L. 44. de rei vind. (6. 1). *Gaius.* Fructus pendentes pars fundi videntur. — L. 16. pr. de pigu. et hyp. (20. 1).

(e) L. 21. de inst. leg. (33. 7). — L. 14. de supell. leg. (33. 10). — L. 17. de act. emt. vend. (19. 1.) — L. 242. §. 4. L. 243. de V. S. (50. 16). *Pomp.* Statuae affixae basibus struetilibus, aut tabulae relictatae eatenis, aut erga parietem affixae, aut si similiter cohaerent lycebul, non sunt aedium, ornatus enim aedium causa parantur, non quo aedes perliciantur.

(a) L. 1. §. 1. L. 14. de impens. la res. dot. (25. 1). — L. 79. de V. S. (50. 16). *Paul.* Impensae necessariae sunt, quae si factae non sint, res aut peritura, aut deterior futura sit. §. 1. Utiles impensas esse *Fulcinus* ait, quae meliorem dotem faciant, non deteriorem esse non sinit; ex quibus redditus mulieri acquiratur, sicuti arbuti pastinatione ultra quam necesse fuerat. §. 2. Voluptuariae sunt, quae species duntaxat ornant, non etiam fructum augent ut sunt viridia, et aquae salientes, incrustationes, loricationes, picturae.

Quanto agli effetti colui che ha fatto le spese, non ha azione diretta per farsene risarcire; ma in luogo del *ius agendi*, il diritto gli riconosce un *ius retinendi*, ed un *ius tollendi*.

1) Per le spese necessarie si può sempre e in ogni caso esercitare il *ius retentionis*, ossia si ha facoltà di ritenere la cosa, fino a che le spese non sieno ristrate. Questo diritto, eccetto nel caso di furto, è dato a tutti, sieno possessori di buona, sieno di mala fede (b).

2) Per le utili non si ha regola certa, ma è comunemente accettato che il possessore di buona fede abbia il medesimo diritto di ritenere la cosa; che quello di mala fede al contrario non abbia che la facoltà di togliere dalla cosa quello che fu impiegato per migliorarla (*ius tollendi*) (c).

3) Finalmente per le spese voluttuarie il possessore di buona fede ha il *ius tollendi*, quello di mala fede diritto nessuno.

Generalmente poi il *ius tollendi* non può essere esercitato che con le seguenti condizioni:

a) che la separazione sia fatta senza deteriorazione della cosa principale; b) che la separazione non sia fatta *animo nocendi*; c) che finalmente il proprietario della cosa non prescelga di risarcire le spese.

§. 38.

3) De' Frutti.

T. D. De usuris et fruct. (22. 1). T. C. de fruct. (7. 31).

Frutti nello stretto significato sono i prodotti organici della cosa, che servono poi essenzialmente al godimento della persona (*fructus naturales*) (a). In più ampio significato sono ancora quei prodotti, che non derivano da forza interna, ma dall'uso che altri faccia della cosa; e così si dicono frutti i censi, le pigioni, le usure, ecc. (*fructus civiles*) (b). Quando per contrario i prodotti anche organici sieno di tal natura che non possa

(b) L. 13. de cond. furt. (13. 1). — L. 3. C. de rei vind. (3. 32). — L. 1. C. de infant. exposit. (8. 32). *Alexand.* Si invito vel ignoraute te partus aucillae vel adscriptitiae tuae expositus est, repetere eam non prohiberis. Sed restitutio eius, si non a fure vindicaveris, ita fiet, ut, si qua in alendo eo, vel forte ad discendum artificium iuste consumpta fuerint, restituas.

(c) L. 3. C. de rei vind. (3. 32). — L. 38. de rei vind. (6. 1).

(a) §. 37. Inst. de rer. div. (2. 1). — §. 4. Inst. de usu. et hab. (2. 3). Sed si pecoris, velati ovium, usus legatus, neque lactis, neque agri neque lana utetur usarius, quia ea in fructu sunt: plane ad stercorandum agrum suum pecoribus uti potest. — L. 77. de V. S. (50. 16).

(b) L. 29. de ber. pet. (5. 3). *Ulp.* Mercedes plauae colonis acceptae loco sunt fructuum. Operae quoque servorum in eadem erunt causa, quae sunt pensiones. Item vecturae navium et iumentorum. — L. 62. pr. de rei vind. (6. 1). — L. 19. pr. L. 34. 36. 38. §. 13. h. t. Usurae vicem fructuum obtinent, et merito non debent a fructibus separari.

godersene nel senso legale, non vanno annoverati tra'frutti, come il parto di una schiava (c). Diversa distinzione è quella di frutti naturali e frutti industriali; questi secondi sarebbero quelli prodotti per virtù dell'industria umana (d).

1) I frutti diconsi pendenti quando sono attaccati agli alberi; essi non hanno propria oggettività, formando parti integranti dell'albero al quale sono attaccati, e da cui necessariamente dipendono (c). Appena separati, acquistano una individualità propria e distinta dalla pianta; e non sono, come da alcuni si crede, parti separate dell'albero.

2) I frutti sono separati o percepiti; i secondi son quelli, che il possessore ha fatto suoi, o che ha separati con qualche atto suo proprio. Quantunque questa distinzione torni sottile all'intelligenza, avvenendo il più delle volte la separazione e la percezione nel medesimo tempo, pure si troverà adeguatamente vera, considerando che l'atto della separazione debbe necessariamente precedere quello della percezione. Reca altresì conseguenze giuridiche assai diverse: così il possessore di buona fede acquista la proprietà de' frutti per mezzo della separazione, laddove altri, come l'usufruttuario, l'acquista solamente con la percezione (f).

3) I frutti sono inoltre o *percepti* o *percipiendi*; *percipiendi* sono quelli che si sarebbero potuto percepire, se si fosse stato diligente; o pure quelli, che il proprietario avrebbe percepiti, se fosse stato in possesso del fondo. Questa distinzione è importante nella materia della restituzione de' frutti (g).

4) Finalmente i frutti sono esistenti o consumati (*exstantes*, *consumpti*); i primi son quelli che si trovano ancora in specie presso il possessore, gli altri son quelli già goduti o consumati; anche questa distinzione è importante per la restituzione de'frutti, giacchè mentre il possessore di buona fede è obbligato a restituire i soli *exstantes*, quello di mala fede è condannato anche alla restituzione de'frutti consumati (h).

(c) L. 28. §. 1. h. l. *Gaius*. Parus vero ancillae in fructu non est, itaque ad dominum proprietatis pertinet; absurdum enim videbatur, hominem in fructu esse, quum omnes fructus rerum natura hominum gratia comparaverit.

(d) L. 43. h. l.

(e) L. 44. de rei vind. (6. 1). *Gaius*. Fructus pendentes pars fundi videntur.

(f) L. 13. quib. modis usuf. (7. 4). *Paul.* . . . *Julianus* ait: fructuarii fructus tunc fieri, quam eos perceperit, bonae fidei autem possessoris mox, quam a solo separati sint.—L. 23. pr. h. l.

(g) L. 62. §. 1. de rei vind. (6. 1). *Papin.* Generaliter autem, quum de fructus aestimandum quaeritur, constat animadverui debere, non an malefidei possessor fructus sit, sed an petitor frui potuerit, si ei possidere licuisset, quam sententiam *Julianus* probat.

(h) §. 33. Inst. de div. rer. (2. 1).—L. 22. §. 2. de pig. act. (13. 7).—L. 22. C. de rei vind. (3. 32). *Diocl. et Marim.* Certum est, malefidei possessores omnes fructus solere, cum ipsa re praestare, bonae fidei vero extantes, post litis autem contestationem universos.

§. 39.

1) Delle Usure.

T. D. de usuris, etc.—T. C. de usuris (4. 32). — *Salmasius*, De usuris liber. Lug. Bat. 1639.—*Nood*, De foenore et usuris libri III.—*Savigny*, Sist. VI. pag. 122.

Usura è quell'equivalente che si paga pel godimento di una quantità di cose *fungibili*. L'obbligo dell'usura non è mai indipendente, ma suppone sempre un'altra obbligazione principale, di cui l'oggetto consiste in una quantità di cose *fungibili*, ed in particolar modo nella moneta, che prende il nome di capitale (*caput, sors*); l'usura inoltre dev'essere della medesima natura; e se fosse qualche cosa non *fungibile*, sarebbe vietata dalle leggi (a).

L'usura ha dunque un carattere tutto accessorio; onde le seguenti conseguenze:

1) Appena si estingue la obbligazione principale, si estingue ancora l'accessoria delle usure.

2) Quando per mezzo di prescrizione si estingue l'obbligazione principale, non si può far più parola di usura, neppure per le arretrate, giacchè la loro estinzione succede *ex tunc* (1).

Le usure si originano o immediatamente dalla legge (*usuræ necessariæ*), ovvero hanno origine da private disposizioni (*usuræ voluntariæ*), e specialmente per ultima volontà e per contratto (b).

1) La legge indipendentemente dalla volontà de' privati può ammettere le usure, anche per pena; così vengono per pena:

a) in caso di mora, dal momento della *litis contestatio*;

b) per i mandatarii che usano a loro profitto il denaro ricevuto dal mandante;

c) finalmente pel debitore che trascura di pagare il capitale anche dato senza interesse (c).

Si ammettono gl'interessi legali nello stretto significato: 1) a favore del mandatario che ha impiegato proprii capitali in vantaggio del mandan-

(a) L. 23. C. h. t. *Dioel. et Maxim.* Oleo quidem vel quibuscumque fructibus mutuo datis; ineerti pretii ratio additamenta usurarum eiusdem materiae suasit admitti.—L. 121. de V. S. (30. 16).

(b) L. 3. §. 6. de ann. leg. (33. 1). — L. 17. pr. 44. §. 2. h. t. — L. 24. de praesc. verb. (19. 5). — L. 1. 3. C. h. t. — conf. L. 12. L. 30. h. t.

(c) L. 10. §. 3. mand. vel cont. (17. 1). — L. 7. §. 4. 10. 12. de admin. et per. tut. (26. 7). — L. 19. §. 4. de negot. gest. (3. 5). — L. 1. §. 1. L. 32. §. 2. h. t. *Mere. in bonae fidei contractibus ex mora usurae debentur.*

te; 2) a favore del fisco il quale riscuote sempre interessi; 3) a favore dei pupilli; 4) quando il negoziante ha ricevuta la merce e non ne ha pagato il costo, è obbligato agli interessi, dal giorno stesso che ricevè la merce; 5) quando si è promessa una dote, gl'interessi cominciano a correre due anni dopo la celebrazione del matrimonio (d).

2) Le usure diconsi volontarie quando dipendono dalla volontà delle parti, le quali nelle relazioni giuridiche, e specialmente nei contratti possono stipularle secondo i loro interessi. Sono dette volontarie, per l'arbitrio che hanno i privati di convenirle o no; ma quest' arbitrio non è già senza misura: le leggi al contrario segnano il limite del massimo nel 6 per 100 l'anno, oltre il quale le usure sarebbero illecite. Oltre di che non si può esigere una somma d'interessi arretrati, che sia maggiore di quella del debito principale (e) (2).

3) Colui che viola queste disposizioni di legge, è un usuraio, ed il negozio giuridico, in quella parte che apertamente od occultamente loro contrasta, non vincola, ed è affatto nullo. Le usure pagate oltre la misura legale, *ipso facto* diminuiscono il capitale; o si genera, quando questo fosse di già pagato, un'azione per ripetere l'eccesso (f).

Affinchè non si potesse eludere la legge fu particolarmente stabilito non doversi prendere anticipazioni d'interessi sotto pena di diminuzione della somma prestata: dall'altra parte ciò era qualche volta permesso in pro del debitore, qualora il pagamento era fatto prima del tempo della scadenza, ammesso sempre che non fosse per mascherare usure illecite (g).

4) Quanto alla misura degli interessi vi sono le seguenti eccezioni.
a) I negozianti e fabbricanti possono esigere l'8 per 100. b) Le persone illustri o di alto ordine sociale possono stipulare solamente il 4 per 100.
c) Nel *foenus nauticum* o in simili contrattazioni le usure rimasero al mas-

(d) L. 17. §. 5. 6. L. 43. b. t.—L. 12. §. 9. mand. (17.1).—L. 87. §. 1. de legatis (34).—L. 13. §. 20. de act. emt. vend. (19. 1).—L. 5. C. cod. (4. 49).—L. 31. §. 2. C. de laro dot. (5. 12).

(e) L. 40. C. b. t. Antonin. Usurae per tempora solutae non proficiunt reo ad dupli contemplationem. Tunc enim ultra sortis summam usurae non exiguntur, quoties tempore solutionis summa usurarum excedit eam computationem. — Ved. L. 27. §. 1. eod. — L. 26. §. 1. de cond. indeb. (12. 6).

(f) L. 44. b. t. Modest. Poenam pro usuris stipulari nemo supra modum usurarum licitum potest.—L. 13. §. 26. de act. emt. vend. (19. 1).—L. 29. L. 9. pr. h. t.—L. 18. 26. §. 1. C. h. t. Justin..... Si quis autem aliquid contra modum huius fecerit constitutionis, nullam penitus de superfluo habeat actionem, sed et si acceperit, in sortem hoc imputare compellatur, interdicta licentia creditoribus, ex pecuniis foenori dandis aliquid detrahere vel retinere siliquarum vel sportularum vel alterius cuiuscunque gratia. — L. 3. §. 6. de ann. leg. (33. 1).

(g) L. 26. §. 1. C. b. t. — L. 57. pr. de pactis (2. 14). Florent. Qui in futurum usuras a debitore acceperat tacite pactus videtur, ne intra id tempus sortem petat.—L. 2. §. 6. de dol. exc. (34. 4). — Ved. not. pr.

simo come nell'antico diritto (12 per 100), il che fu riconosciuto anche in due casi, cioè per le *usurae rei iudicatae*, e per riparazioni fatte per una casa in condominio. d.) Finalmente per i villici non si poteva stipulare al di là del 4 per 100 (h).

5) Quanto al mezzo di esigere le usure, bisogna distinguere le necessarie dalle volontarie; le prime si considerano come un'estensione del debito principale, e si debbono ripetere con la medesima azione della obbligazione principale; di maniera che se l'attore nell'esercizio dell'azione principale non avesse reclamato gl'interessi, non lo potrebbe far di poi, non avendo altra azione distinta da quella già consumata nel giudizio sulla obbligazione principale (i). Dall'altra parte nelle usure volontarie, sebbene l'obbligazione degl'interessi fosse di natura accessoria, è nondimeno obbligazione distinta, onde anche dopo il giudizio sulla obbligazione principale, l'attore potrà reclamare gl'interessi con separata azione (k).

ANNOTAZIONI

(1) Nel caso che vi sia un debito putativo tanto del capitale quanto delle usure, in rapporto alla restituzione dell'indebito bisogna distinguere i seguenti casi:

1) Quando un individuo non è debitore, ma per errore paga le usure, egli potrà sempre ripeterle anche quando riteneva dato senza usure il supposto capitale, e paga perciò scientemente (l).

2) Quando uno è debitore di un capitale dato senza interesse, e con tutto ciò paga le usure, non le potrà ripetere, ciò indifferentemente se paga per errore o scientemente (m). *Weber* in una monografia contraddice a questo principio, poichè nella legge citata, secondo lui, sarebbe contemplato il caso, quando uno paga scientemente le indebite usure (n). Questa opinione ha per fondamento una distinzione fatta in una legge, che parla nella maniera più assoluta, il che sarebbe opposto alla

(h) L. 26. §. 1. C. h. t. — L. 2. 3. C. de *usurae rei iud.* (7. 54). — L. 4. C. de aedif. priv. (8. 10).

(i) L. 4. C. depositi (4. 34). *Alexand.* Sed si quum depositi actione expertus es, tantummodo sortis facta condemnatio est, ultra non potest propter usuras experiri. Non enim duae sunt actiones, alia sortis, alia *usurarum*, sed una, ex qua condemnatio facta, iterata actio rei iudicatae exceptione repellitur. — L. 13. C. h. t. — L. 49. de act. emt. vend. (19. 1).

(k) L. 1. C. de iud. (3. 1) *Severus et Antonin.* Iudicio coepto *usurarum stipulatio non est perempta*, superest igitur, ut debitorem eius temporis, quod non est in iudicium deductum, convenire possis. — L. 41. 1. 2. h. t.

(l) L. 26. §. 2. de cond. indeb. (12. 6). *Ulp.* Si quis falso se sortem debere credens *usuras* solverit, nec videtur sciens indebitum solvisse.

(m) L. 26. pr. de cond. indeb. (12. 6). *Ulp.* Si non sortem quis, sed *usuras* indebitas solvit, repetere non poterit, si sortis debita solvit; sed si supra modum legitimum solvit, *Divus Severus* rescripsit, quo iure ntimur, repeti quidem non posse, sed sorti imputandum; et si postea sortem solvit, sortem quasi indebitam repeti posse. Proinde et si ante sors fuit soluta, *usurae* supra legitimum modum solutae quasi sors indebita repetuntur. Quid, si simul solveris? Poterit dici et tunc repetitionem locum habere.

(n) Ved. Saggi civili p. 316.; de *usuris indebitis solutis* §. 124.

nota regola d'interpretazione: *lege non distinguente nec nostrum est distinguere*; chè, se si volesse portare distinzioni e suddistinzioni nelle fonti, nella legge in discorso per mezzo di un argomento *a contrario* delle prime parole si potrà giungere al risultato, che un individuo, il quale scientemente paga un capitale, potrà ripeterlo, il che non ammetterà certo il *Weber*. L'errore di questo giurista nasce massimamente dall'aver voluto scorgere un'analogia tra la obbligazione principale e quella accessoria delle usure, e così, potendo ripetersi un capitale indebitamente pagato per errore, si potranno ancora ripetere gl'interessi anche per errore pagati. Tutto ciò starebbe bene, se gl'interessi del diritto romano non fossero messi sotto un altro ordine d'idee; di fatti la obbligazione delle usure appartiene piuttosto a quei doveri di gratitudine per un beneficio ricevuto, ai quali i Romani il più delle volte concedevano effetti giuridici (o); il che si scorge chiaramente dalla *tacita antichresis*, cioè in caso che uno avesse preso una somma senza promettere interessi, ed avesse dato in pegno una cosa fruttifera, in questo caso i frutti raccolti si ritengono come interessi, benchè non stipulati.

3) Finalmente si può dare un altro caso, cioè che tanto il capitale quanto gl'interessi sono fondati, ma si paga al di là del *maximum* dalle leggi stabilito. A questo proposito non è inutile trascrivere due passi di Paolo: *usurae supra centesimam solutae sortem minuunt; consumpta sorte, repeti possunt*, ed altrove: *usurae, quae centesimam excedunt pen nonne saluae, repeti possunt* (p). A questo proposito si fece la distinzione tra il pagamento delle usure fatte scientemente, e quelle fatte per errore, e, mentre in quest'ultimo caso si vide assolutamente fondata la *condictio indebiti*, nel primo caso per le usure indebite si negò l'azione di ripetizione, giacchè diminuiscono il capitale progressivamente; e solamente quando il capitale è consumato perfettamente, allora si potrà ripetere il resto. Questo sarebbe possibile, a voler essere strettamente logici, quando le usure si fossero pagate prima del capitale, ma non quando si fossero pagate dopo o nel medesimo tempo, e perciò una opinione più mite permette una ripetizione delle usure indebite anche quando si siano pagate prima del capitale (q). Questa opinione fu riconosciuta dalla legge per mezzo di un rescritto di Filippo (r), che nel medesimo tempo tolse di mezzo quella distinzione, *exclusa veteris iuris varietate* (s).

(2) Non si potrebbero ben comprendere i fonti se non si seguissero le fasi, che subirono le usure nella storia del diritto romano. La più antica misura degl'interessi è il *foenus unciarum*, che fu introdotto nelle leggi delle XII Tavole (t), il che equivaleva alla dodicesima parte del capitale, che calcolato secondo l'anno Romuleo di 304 giorni, importerebbe l'8 per 100. Posteriormente il plebiscito Genucio nel 412 vietò i contratti ad interesse per i soli Romani, il quale divieto fu esteso a tutti, anche ai contratti tra latini e peregrini, per mezzo della legge Semproniana nel 561. Se-

(o) V. *Seneca*, epist. 81. *ingratus enim est, qui beneficium reddit sine usuris* — V. anc. *Thibaut*, Saggi II. diss. 3. n. 3.

(p) *Paul.* R. S. II. 14. §. 2. 4.

(q) L. 26. pr. de cond. ind. ved. not. 1.

(r) L. 18. C. h. l. *Philip.* *Indebitas usuras (etiamsi ante sortem solutae non fuerint, ac propterea minuire eam non potuerint), licet post sortem redditam creditor fuerint datae, exclusa veteris iuris varietate, repeti posse, perpensa ratione firmitatum est.*

(s) V. *Vangerow*, O. c. l. §. 76. ann. 2.

(t) *Tac.* ann. VI. 16.

condo queste leggi i contratti ad interesse conchiusi non erano nulli, ma davano diritto al debitore ad una penale tendente al quadruplo. Posteriormente dal plebiscito Gabinio nell'anno 687 fu vietato anche per le provincie il prestito ad interesse. Si credette più utile limitare le usure ed annullare nel medesimo tempo quelli, i quali sorpassavano la misura data (u). Queste usure furono le centesime, *maximae, legitimae usurae*, fondandosi sugli editti de' magistrati; eccettuato fu l'equivalente del godimento di una moneta che correva sommo pericolo, particolarmente in caso di spedizione per mare, *pecunia traiectitia*, poichè in questo caso la quantità degl'interessi (*foenus nauticum*) fu lasciata libera al consenso delle parti (v). Le usure centesime importavano il 12 per 100, dette così, giacchè ogni mese pagavasi l'uno per 100.

Affinchè si determinassero bene le usure più miti, si considerò la quantità degl'interessi come asse, del quale ciascuna parte si appellava oncia. Diviso adunque l'asse in dodici oncie, si hanno queste combinazioni; *uncia* ($\frac{1}{12}$); *sextans* (*sexta assis pars* = $\frac{2}{12}$); *quadrans* (*quarta assis pars* = $\frac{3}{12}$); *triens* (*tertia assis pars* = $\frac{4}{12}$); *quincunx* (*quinque unciae* = $\frac{5}{12}$); *semis* (*semiassis* = $\frac{6}{12}$); *seplunx* (*septem unciae* = $\frac{7}{12}$); *Bes* (*bis triens* = $\frac{8}{12}$); *dodrans* (*dequadrans* i. e. *as dentu quadrante* = $\frac{9}{12}$); *dextans* o *decunx* (*deseptans decem unciae* = $\frac{10}{12}$); *deunx* (*dentu uncia* = $\frac{11}{12}$); e finalmente le centesime usure ch'era il massimo degl'interessi.

Per la qual cosa si diranno *usurae trientes* la terza parte delle usure centesime, ossia il 4 per 100, e *besses* le due terze parti che sarà 8 per 100, le usure *quadrantes* il 3 per 100, le *semisses* il 6 per 100, ecc. (x).

§. 40.

3) Divieto dell'Anatocismo.

Il limite dell'usura era stato in gran parte consigliato, per evitare che quella divenisse troppo gravosa per il debitore; ma lo stesso danno seguiva quando il debitore avesse solamente trascurato per molti anni di dare le usure di un capitale dato ad interessi; anzi in questo caso il debito si accresceva fuor misura, giacchè gl'interessi si accumulavano, e, pel ritardo, generavano altri interessi; la qual cosa appellavano i Romani *anatocismus*. Permessissimo illimitatamente dal diritto antico, ristretto da' Pretori ad un anno (*anatocismus anniversarius*) (a), l'anatocismo fu poscia vietato.

(u) *Paul. Receptae Sent.* II. 14. §. 2. 1.

(v) V. *Puchta*, Istituzioni, II. §. 261.

(x) *Niebuhr*. Storia romana, V. III. §. 61.

(a) *Cic. ad Att.* V. 21. 11.

ed il divieto di queste *usuræ usurarum* venne rifermato da Giustiniano (b). Pure avvengono casi nel diritto, che possono essere presi come un anatocismo tacito: così quando il debitore paga gl'interessi e li ritiene come capitale, questo si accresce di fatto; imperocchè quelle usure perdono il loro carattere come tali, e diventano capitali. Similmente il tutore nel dare i suoi conti, condannato, deve restituire non solo gl'interessi di un capitale del pupillo, ma ancora gl'interessi d'interessi. Anche in questo caso l'anatocismo è apparente, poichè, essendo obbligo del tutore di collocare sempre i capitali del pupillo, si suppone ch'egli avesse esatte annualmente le usure, e collocata questa moneta a capitale.

CAPITOLO IV.

DEI FATTI GIURIDICI.

§. 41.

Concetto generale.

Ogni atto o movimento della umana volontà che si produce nel mondo esteriore, è un fatto, il quale, quando seco trae conseguenze giuridiche, appellasi fatto giuridico. Questo atto, che ha per suo fondamento la volontà, può manifestarsi positivamente in quanto tende a qualche cosa, e può invece produrre effetti giuridici dal perchè si astenne dal manifestarsi, ossia non si è prodotto fatto alcuno (omissione), ed in questo rapporto le omissioni sono considerate dal diritto come vere azioni producenti effetti giuridici. Il movimento della volontà può essere interno ed esterno; il primo non ha importanza alcuna, poichè il solo atto esterno, il fatto, può produrre conseguenze giuridiche; pure l'atto interno, o la elezione della volontà può essere presa in considerazione, in quanto che il fatto deve corrispondere alla causa che lo produsse, o all'atto intimo della volontà. Finalmente i fatti possono essere leciti ed illeciti, questi sono

(b L. 26 §. 1 de cond. ind. (12. 6).—L. 27 de re iud. (42. 1).—L. 28 C. de usur. (4. 32). *Justinian.* Ut nullo modo *usuræ usurarum* a debitore exigantur, et veteribus quidem legibus constitutum fuerat, sed non perfectissime cautum. Si enim *usuras* in sortem redigere fuerat concessum, et totius summae *usuras stipulari*, quae differentia erat debitoribus, qui revera *usurarum usuras* exigebantur? Hoc certe erat non rebus, sed verbis tantummodo leges ponere. Quapropter hoc apertissime lege definimus, nullo modo licere cuique *usuras praeteriti temporis vel futuri in sortem redigere*, et earum iterum *usuras stipulari*, sed etsi hoc fuerit subsecutum, *usuras quidem semper usuras* manere, et nullum *usurarum aliarum incrementum* sentire, sortis autem antiquae tantummodo incrementum *usurarum* accedare.—L.3.C. de usur. rei iud. (7. 54).

quando si reca una violazione nell'ordine giuridico, che produce effetti civili.

Da questa distinzione si scorge la necessità di portare la nostra attenzione sopra tre punti essenziali di questa materia: 1) sul fondamento primo del fatto giuridico o la volontà, e propriamente sulle azioni in generale; 2) sui fatti giuridici stessi, o sulla volontà già manifestata e determinata per un obbietto di diritto, che più propriamente appelleremo *negozii civili*, e 3) finalmente sui fatti illeciti.

SEZIONE I.

DELLE AZIONI IN GENERALE.

§. 42.

I. Della idoneità della volontà.

Savigny, Sist. III. §. 106.

È requisito essenziale di ogni fatto giuridico l'idoneità della volontà, senza cui non può il diritto riconoscere un atto come produttivo di effetti civili. Ogni soggetto di diritto ha in sè come persona l'idoneità della volontà; pure per circostanze congenite all'umana natura o esteriori, sonovi in diritto persone, alle quali quest'idoneità manca o continuamente o temporaneamente.

1) Manca continuamente la idoneità di operare ai fanciulli al di sotto dei 7 anni (§. 19); medesimamente ai pazzi che sono ritenuti come infanti. La comunità non potrebbe avere tale capacità, non avendo volontà reale, ma finta come la sua persona, la legge però, riconoscendola come ente, nel medesimo tempo riconosceva la volontà senza cui la persona concessa sarebbe stata illusoria. Onde si reputa come volontà della persona giuridica, quella che, secondo i varii ordinamenti, sarà espressa dal suo capo, o della pluralità dei suoi membri (§. 26).

2) Sono momentaneamente non idonei di atti coloro i quali hanno già intelletto sano, ma che il lume della mente abbandona per qualche tempo, sicchè essi possono riacquistare la mente, rimossa la cagione che ne ottenebrava l'intelletto. Per la qual cosa il furioso, che ha lunghi lucidi intervalli, l'iracondo, l'ubriaco saranno non idonei finchè trovansi nello stato di demenza, di ubbriachezza, o d'iracondia (§. 20).

3) Vi sono casi di parziale inidoneità presso quegli individui, pei quali la legge ha ritenuta necessaria un'assistenza, come presso i minori, diver-

samente secondo le differenti gradazioni di età. Il prodigo o il dichiarato interdetto appartiene a questa classe, egli è limitato specialmente in ciò che riguarda le alienazioni; in rapporto poi ai fatti illeciti è ritenuto la sua volontà perfettamente idonea, onde è pienamente responsabile delle sue illecite azioni.

II. Influenza della violenza, dell'errore, e della frode.

§. 43.

A) Della violenza

T. D. quod metus causa gestum erit (4. 2). — I. C. de his, quae vi metusve causa gesta sunt (2. 20). — Savigny, III. §. 114.

La libera espressione della volontà, primo fondamento di ogni fatto giuridico, può sembrare apparente e spoglia di ogni realtà, quando una circostanza esteriore abbia avuto sopr'essa più o men grande influenza. Una di queste circostanze è certamente la violenza, la quale può essere esercitata in vario modo: o con mezzi esterni, ed allora si ha la forza materiale *vis absoluta*; o con mezzi morali, ed allora dicesi *vis compulsiva*, e più propriamente *metus*. Queste due forme di violenza furono contemplate negli editti de' Pretori; più tardi per una acconcia modificazione si tenne conto del *metus*, come corrispondente all'una ed all'altra forma (a).

1) Sembra a prima vista che la violenza, come contraria alla idea di libertà, distruggesse perfettamente la libera manifestazione dell'arbitrio, e che una volontà manifestatasi sotto la sua influenza non avesse di volontà libera che la sola apparenza; onde il fatto giuridico che ne consegue dovrebbe essere di nessun valore. Tutto ciò non è nè vero, considerata la cosa in sè stessa, nè s'accorda coi testi delle leggi romane; imperocchè in diritto non ci è dato di estenderci a contemplare il concetto di violenza e di libertà idealmente presa; piuttosto dobbiamo decidere della libertà di un atto come si manifesta esteriormente. E di fatto, libero si manifesta colui che produce un fatto giuridico; poichè, se fra i tanti partiti da eleggere, egli ne prescelse quell'uno appunto, ciò significa ch'ei volle a quel modo. Questo concetto è chiaramente espresso ne' fonti (b).

2) Dall'altra parte non è men vero essere scopo del diritto quello di

(a) L. 5. h. t. Ulp. Metum accipiendum Laevo dicit non quemlibet timorem, sed maioris malitatis.

(b) L. 21. §. 5. eod. Paul. Si metus coactus adii hereditatem, puto me heredem effici, quia, quamvis si liberum esset, noluissem, tamen coactus volui.

guarentire la libera esplicazione della personalità. Ora quantunque fino ad un certo punto può considerarsi liberamente espressa la volontà, anche da colui ch'è costretto dal timore, pure il timore è già per sè un ostacolo alla libertà individuale; e sarebbe poco equo, se si riconoscessero tutti gli effetti giuridici ad un atto di questa natura. Guidati da questo principio di equità, i Romani apprestarono alcuni mezzi al violentato per esimersi dalle conseguenze, che, secondo il diritto rigoroso, produrrebbe la sua volontà pur manifestata sotto l'influenza del timore. Questi mezzi sono l'*actio quod metus causa*, l'*exceptio quod metus causa*, e, se ciò non basta, il mezzo eccezionale della restituzione in intero *propter metus causam* (c).

3) Affinchè il timore fosse preso in considerazione e si desse facoltà di usare i suddetti mezzi, conviene che avesse i seguenti requisiti:

a) Bisogna in sulle prime che il timore sia tale, che l'individuo minacciato non potesse sottrarsi al pericolo, ossia questo dev'essere reale e non immaginario (d);

b) In caso di dubbio si giudica se il timore è o no fondato; in generale quando altri si lascia indurre ad un'azione solo dall'altrui autorità, o dalla riverenza per la potestà domestica, non si tien conto del timore, e l'atto resta valido con tutte le sue conseguenze (e).

§. 44.

B) Dell' errore.

T. D. de iuris et facti ignorantia (22. 6). — T. C. h. t. (1. 18).

Donell. Comm. iur. civ. l. c. 19. ss.; Savigny, III. §. 115. App. VIII.

L'errore è quello stato in cui si ha un falso concetto di una cosa, o, che torna lo stesso, se ne ignora il vero carattere, la vera natura; onde non è da porre differenza tra errore ed ignoranza dal lato oggettivo, anzi l'uno e l'altra producono le medesime conseguenze, e nel linguaggio del diritto le due voci valgono lo stesso. La sola distinzione che si ammette in diritto è questa: se l'errore cade sopra una regola di diritto, dicesi *error vel ignorantia iuris*; se al contrario sulle circostanze di fatto, appellasi

(c) L. 116. pr. de R. J. (50. 17).

(d) L. 6. h. t. Gai. Metus autem non vani hominis, sed qui merito et in homine constantissimo cedat ad hoc editum pertinere dicemus. — L. 3. ex quibus caus. mai. (4. 6). Ulp. Metus autem causa abesse videtur, qui iusto timore mortis vel cruciatus corporis conterritus abest; et hoc ex effectu eius intelligitur. Sed non sufficit, quolibet terrore abductum timuisse, sed huius rei disquisitio iudicis est. — L. 3. §. 1. L. 7. §. 1. L. 8. §. 1. 2. L. 22. 23. §. 1. h. t. — L. 13. C. de transact. (2. 4). — L. 7. C. h. t.

(e) L. 9. pr. h. t. — L. 2. de ritu nupt. (23. 2).

Diritto romano.

error vel ignorantia facti. In questa teoria è d'uopo stabilire i seguenti principii:

I. In generale è riconosciuto che l'errore non menoma punto la libertà del volere, cosicchè la volontà manifestata ch'ebbe per motivo l'errore, produce le medesime conseguenze, come se fosse stata libera da qualunque influenza; in altri termini l'errore non guarentisce la persona dai pregiudizii che le vengono dal suo fatto. La ragione è che la sua scelta tra idee contrarie era libera, e dopo un esame più accurato poteva non avere quel falso concetto; se ella si determinò per questo, è stato il suo arbitrio che prescelse quella falsa idea. Questo principio si manifesta in una quantità di casi, dei quali i più importanti sono:

1) L'errore non ha nessuna influenza ne'negozii civili, specialmente nei contratti, quando riguarda i motivi che determinarono la volontà a dichiararsi (a); eccetto negli atti di ultima disposizione, uei quali l'errore annulla in tutto la disposizione testamentaria.

2) Quando si è operato contro una legge dispositiva o proibitiva, p. e. quando si compie un atto senza le forme prescritte, o quando si contrae un matrimonio vietato (b).

3) Quando la legge sancisce la perdita di un diritto pel decorso di un tempo continuo, le giuridiche conseguenze hanno il loro effetto indipendentemente dal fatto se vi fu o no errore (c).

4) Quando si è soddisfatto a una obbligazione naturale, scusabile che fosse l'errore, non si potrà ripetere il pagamento (d).

5) Finalmente è di nessuna importanza l'errore per colui, il quale si crede in una posizione peggiore di quella che veramente è, p. e. quando qualcuno compra una cosa da una persona, ch'egli crede non essere il vero proprietario, mentre invece lo è (e) (1).

II. Vi sono casi però i quali fanno eccezione a questo principio generale, ne'quali l'errore determina conseguenze speciali.

(a) L. 3. §. 7. de cond. causa data (12. 4). *Ulp.* Qui dedit ea spe, quod se ab eo, qui acceperit, remunerari existimaret, vel amicioem sibi esse enim futurum, repetere non posse opinione falsa deceptum. — Ved. L. 65. §. 2. de cond. ind. (12. 6) — L. 34. pr. de cont. emt. (18. 1). — L. 38. de dolo malo. (4. 3).

(b) L. 4. qui test. fac. poss. (28. 1). — L. 1. C. de interd. matr. (5. 6). *Sever. et Anton.* Senatusconsulti auctoritatem, quo inter pupillam et tutoris filium connubium soluberrime sublatum est, circumveniri rusticitatis et imperitiæ velamentis non oportet.

(c) L. 12. pr. C. de praescr. longi temp. (7. 33). — L. 3. in f. C. de praesc. 30. ann. (7. 39). *Theod.* §. 3. Post hanc vero temporis definitionem nulli movendi ulterius facultatem petere censuimus, etiamsi se legis ignorantia excusare tentaverit.

(d) L. 64. de cond. indeb. (12. 6) — L. 10. de O. et Act. (44. 7).

(e) L. 9. §. 4. h. t. *Paul.* Qui ignoravit dominum esse rei venditorem, plus in re est, quam in existimatione mentis; et ideo tametsi existimet, se non a domino ei tradatur, dominus efficitur.

1) Secondo il nostro diritto con la *bonae fidei possessio* vanno congiunti alcuni vantaggi di grande importanza, come p. e. la possibilità di usucapire, l'acquisto della proprietà sui frutti per mezzo della separazione, l'*actio Publiciana*. Ora il primo fondamento del possesso di buona fede è l'errore, e conseguentemente in questa teoria l'errore in certo modo è la condizione necessaria di quei diritti.

2) Quando la legge fa dipendere la perdita di un diritto dal decorso di un tempo utile, vengono presi in considerazione quegli spazii di tempo, ne quali alcuno fu impedito dall'errore d'intraprendere l'azione, e colui che errava è liberato dai legali pregiudizii (f).

3) L'errore in certe circostanze è motivo di restituzione (g).

4) Quando per errore si è pagato un indebito, si ha il diritto a ripeterlo per mezzo della *condictio indebiti* (h).

5) L'ignoranza sui vizi occulti dell'oggetto comprato è la condizione essenziale per le azioni dell'editto edilizio (i).

6) Finalmente nel caso che qualcuno ha prestato denaro ad un figlio di famiglia, che ha forti motivi di ritenere come padre di famiglia; questo errore lo libera dall'*exceptio SC. Macedoniani* (j); lo stesso si dica dell'eccezione del SC. Velleiano, quando il creditore ignorava la intercessione di una donna (k).

III. In tutti i casi però, ne quali l'errore è considerato dal diritto come producente effetti giuridici, è strettamente necessario che colui il quale s'inganna non avesse posta negligenza alcuna da parte sua; in altri termini, l'errore dev'essere invincibile. Generalmente la legge ritiene che, quando l'errore ha per oggetto la legge, in fondo vi esiste una colpa o una negligenza, e quindi l'errore di diritto non scusa; al contrario è ritenuto co-

(f) L. 2. §. 1. quis ordo (38. 15). — L. 15. §. 3. quod vi aut clam. (43. 24). — L. 6. de calumn. (3. 6). *Gai.*, Et verius est, ex eo annum numerari, ex quo cognovit. — L. 55. de aed. ed. (21. 1). — L. 19. 22. §. 2. C. de iur. delib. (6. 30). — *Gai.* Inst. II. 171. sqq.

(g) L. 1. §. 6. quod. fals. tut. (27. 6). *Ulp.* Ait Praetor: si id actor ignoravit, dabo in integrum restitutionem. Scienti non subvenit; merito, quoniam ipse se decept. — §. 33. Inst. de act. (4. 6). — L. 1. §. 17. de separat. (42. 6). — L. 13. pr. de inst. act. (14. 3). — L. 11. pr. de exec. rei iud. (44. 2).

(h) L. 5. §. 3. de O. et Act. (44. 7). *Gai.* Is quoque, qui non debitum accipit per errorem solventis, obligatur quidem quasi ex mutui datione, et eadem actione tenetur qua debitorum creditoribus. — L. 26. §. 3. de cond. ind. (12. 6).

(i) L. 14. §. 10. de aed. edict. (21. 1). *Ulp.* ad eos enim morbos vitiaque pertinere edictum acditionem probandum est, quae quis ignoravit, vel ignorare potuit.

(j) L. 3. pr. §. 1. L. 19. de SC. Mac. (14. 6). *Pompon.* Iulianus scribit, exceptionem Senatusconsulti Macedoniani nulli ob stare, nisi qui sciret, aut scire potuisset, filium familias esse enim, cui credebatur. — L. 1. 2. C. eod. (4. 28).

(k) L. 6. 7. 12. 17. pr. §. 1. ad SC. Vellei. (15. 1). *Paul.* L. 12. Imo tunc locus est Senatusconsulto, quum scit creditor eam intercedere.

me giusto motivo di scusa quell' errore, che ha per oggetto le circostanze esterne che possono avere una più o meno grande influenza su di un fatto giuridico. Tale distinzione è espressa in questa guisa nei fonti: *Regula est, iuris quidam ignorantiam cuique nocere, facti vero ignorantiam non nocere* (1). La ragione è che non si può ammettere un errore sulla esistenza o sul tenore di una legge senza una grande negligenza, in quanto che la legge dal momento della sua pubblicazione si suppone essere a conoscenza di tutti; non così poi pe' fatti, poichè il più delle volte, anche con una diligenza irripetibile, torna impossibile di conoscerli o di prevenirli. È d' avvertire però che sarebbe erroneo di comprendere questa regola assolutamente, e ritenere scusabile un errore di fatto, e il contrario assolutamente per l' errore di diritto; molto più deve tenersi presente il principio, essere la diligenza o la negligenza il solo fondamento di un motivo di scusa o di non scusa; donde chiaramente risulta che l' errore di fatto non sarà mai scusato sempre che sia l' effetto di una grande negligenza, e si è ignorato quello che tutti sanno. Al contrario un errore di diritto sarà un giusto motivo di scusa per quella persona, la quale con tutta la diligenza possibile, si trovò nella impossibilità di conoscere una disposizione di legge (m) (2).

IV. Indipendentemente da questa regola l' errore di diritto può avere la sua scusa anche per privilegio di persone, e specialmente quattro sono le qualità di persone in rapporto alle quali l' errore è preso in considerazione; i minori, i soldati, le donne, e finalmente i rustici.

1) In rapporto ai minori il privilegio è più esteso, essendo l' errore di diritto equiparato all' errore di fatto (n).

2) In rapporto ai soldati vi ha la regola, che quando si tratta di perdita, l' errore di diritto è scusabile (o); ma non nel lucro; e se qualche leg-

(1) L. 9. pr. h. t.

(m) L. 9. §. 2. b. t. *Paul.* Sed facti ignorantia ita demum cuique non nocet, si non ei summa negligentia obiciatur; quid enim si omnes in civitate scient, quod ille sois ignorat? Et recte Labeo definit, scientiam neque curiosissimi, neque negligentissimi hominis accipiendum, verum eius, qui eam rem diligenter inquirendo notam habere possit. §. 3. Sed iuris ignorantiam non prodesse, Labeo ita accipiendum existimat, si iurisconsulti copiam haberet, vel sua prudentia instructus sit, ut, eni facile sit scire, ei detrimento sit iuris ignorantia, quod raro accipiendum est. — Ved. anc. L. 6. L. 3. §. 1. eod. — L. 10. de bon. poss. (37. 1). — L. 2. in fin. quis ordo (38. 15). — L. 3. pr. de SC. Macedoniano (11. 6.). — L. 15. §. 1. de contrahenda emt. (18. 1). — L. 14. f. L. 55. de aed. ed. 21. 1). — L. 7. ad SC. Vell. (16. 1). — L. 3. §. 1. pro suo (51. 10).

(n) L. 9. pr. h. t. *Paul.* . . . Videamus igitur, in quibus speciebus locum habere possit, ante praemisso, quod minoribus viginti quinque annis ius ignorare permissum est, quod et in feminis in quibusdam causis propter sexus infirmitatem dicitur. — L. 7. §. 6. de minorib. (4. 4). — L. 8. C. de in int. rest. min. (2. 22).

(o) L. 1. C. h. t. — L. 22. pr. *Iustinian.* Arma etenim magis, quam iura scire milites sacratissimus legislator existimavit. — L. 22. §. 15. C. de iure deliberandi (6. 30).

ge in rapporto al soldato ammette l'errore scusabile anche nel lucro, è da intendersi sotto la parola lucro il cessante, ossia la perdita (p).

3) Le donne sono ancora privilegiate in questo rapporto, ma solamente in alcuni casi determinati dalle leggi; in rapporto al lucro esse non hanno un simile privilegio: i casi in cui la donna è privilegiata sono dati in una legge speciale (q), e generalmente essa va libera da molti danni determinati per certe azioni proibite (r).

4) Finalmente i rustici per la loro imperizia e semplicità vanno nella classe delle persone privilegiate a questo riguardo, in quanto che sono perfettamente equiparati alle donne (s).

ANNOTAZIONI

(1) Alcuni testi si esprimono in modo, che sembrano perfettamente contraddire al principio stabilito; tanto più che la generalità, con la quale manifestano il principio contrario, non ci può far ricorrere alla distinzione dell'errore scusabile e inescusabile ammessa ne' fonti medesimi; poichè si trovano le seguenti massime: *Nulla enim voluntas errantis est*; e altrove: *Non videtur qui errat consentire; cum nulus sit errantis consensus, etc.* (1).

Se questo principio fosse così generale come sembra, bisognerebbe contraddire a tutte le leggi che stabiliscono il contrario; per l'opposto abbiamo sufficienti ragioni per ammettere senza tema d'errare che il principio stabilito nel testo, lungi dall'essere ammesso in un caso particolare, per cui si potrebbe sospettare di una eccezione, entra, come si è veduto, in tutto il sistema del diritto romano. Per la qual cosa è mestieri che quelle massime fossero da noi guardate in un altro ordine d'idee.

1) È indubitato che, quando l'errore riguarda i motivi che decisero la volontà a dichiararsi, non produce effetto alcuno, e questa si ritiene come se non fosse stata spinta dal falso concetto di quelle circostanze; non è lo stesso però quando in un fatto giuridico, sia tradizione, contratto, o disposizione di ultima volontà, l'errore riguarda la sostanza, il tenore, la essenza dell'atto stesso. Imperocchè in questo caso la volontà è apparente, il che non è certamente quando l'errore è solamente ne'mo-

(p) L. 9. §. 1. h. t. — V. ann. (2) al pres. §.

(q) L. ult. C. h. t. *Leo et Anthem.* Ne passim liceat mulieribus omnes suos contractus retractare in his, quae praetermiserint vel ignoraverint, statuimus, si per ignorantiam iuris damnum aliquid circa ius vel substantiam suam patiantur, in his tantum casibus, in quibus praeteritarum legum auctoritas eis suffragatur, subveniri.

(r) L. 2. §. 1. de insp. vent. (25. 4). — L. 15. §. 5. de leg. Corn. de falsis (48. 10). — L. 1. §. 10. ad SC. Turp. (48. 16). — L. 38. §. 2. ad. Leg. Inf. de adn. (48. 5). — L. 1. §. 5. de edendo (2. 13). — L. 9. C. ad SC. Velleianum 4. 29).

(s) L. 2. §. 7. de inre fisci (49. 14). — L. 1. §. 5. de edendo 2. 13). *Ulp.* his, qui ob aetatem, vel rusticitatem, vel ob sexum lapsi non ediderunt, vel ex alia iusta causa, anvenitur. — L. 8. C. qui admitti (6. 9). L. 2. §. 1. si quis in ius (2. 5). — L. 3. §. 22. de SC. Silianio et Cland. (29. 5).

(t) L. 2. pr. de iud. (5. 1). — L. 20. da aqua et aq. pl. (39. 3). — L. 116. §. 2. de R. I. (50. 17). — L. 8. 9. C. h. t. — L. 15. de iurisd. (2. 1).

tivi, mentre poi la persona conosceva già la sostanza dell'atto; così, senza contraddire ai fonti, possiamo dire nel senso di quelle massime: ciò che non si sa non si può volere; e l'atto è in questi casi nullo, non propriamente a causa dell'errore, ma perchè manca la volontà, requisito essenziale per la esistenza di un fatto giuridico. L'applicazione di questo principio ai casi pratici ci porta oltre i confini di questa parte generale; pur tuttavia non sarà inutile di applicarlo a qualche caso generale, riserbando di trattare questa teorica più partitamente a suo luogo.

a) Nella tradizione il passaggio della proprietà non ha luogo quando l'errore riguarda l'intenzione di trasferire o acquistare il dominio, specialmente quando si è errato sulla identità dell'obbietto, perchè, come dice Ulpiano in un caso, *nemo errans rem suam amittit* (u).

b) Negli atti di ultima disposizione questo principio è anche più ampiamente applicato, così p. e. è nullo quell'atto di ultima volontà, il quale dispone a favore di una persona, sol perchè vi fu errore sulla qualità della medesima, credendo il testatore che fosse suo figlio o suo congiunto (v). Similmente è nulla quella disposizione che il testatore non avrebbe presa, se avesse conosciuto le circostanze dell'oggetto disposto (x).

c) Finalmente ne' contratti il principio è riconosciuto specialmente: quando i due contraenti hanno qualche altra cosa in mente che l'obbietto del contratto (y); quando l'errore riguarda la esistenza dell'oggetto, specialmente quando esso è andato perduto prima che il contratto fosse stato conchiuso (z); quando finalmente l'errore concerne la identità dell'altro contraente (aa).

2) Il principio generale, che l'errore non esclude la libertà dell'arbitrio è evidente nei fatti, nei quali la volontà si manifesta con atti esteriori, poichè in questo caso la esistenza della medesima è certa. Ma nelle tacite manifestazioni all'incontro, la dichiarazione dell'arbitrio non è per sè certa, ma si deduce dagli atti che s'intraprendono. Ora se queste azioni sono intraprese per errore, non possono essere ritenute come tacite manifestazioni della volontà; e qui ancora l'errore produce le sue conseguenze, poichè la volontà è apparente, e l'atto non ha i suoi effetti: così quando uno si lascia condurre innanzi un tribunale incompetente, che egli reputava competente, il suo atto non si avrà come una *tacita fori prorogatio*, come ciò sarebbe, se non vi fosse errore (bb). Nell'azione *de aqua et aquae pluviae arcendae*, si ritiene che la medesima non ha luogo quando il proprietario, che può esser danneggiato per le opere fatte dal suo vicino, lascia fare le opere medesime, il suo silenzio vale come tacito consenso: ma se egli tacque, perchè ignorava il danno che quelle opere potevano arrecare, l'azione avrà luogo con pieno suo effetto; giusto perchè il suo ta-

(n) L. 35. de acqu. rer. dom. (41. 1). *Ulp.* Si procurator meus vel tutor pupilli rem suam, quasi meam vel pupilli, alii tradiderint, non recessit ab iis dominium, et nulla est alienatio, quia nemo errans rem suam amittit. — V. ane. L. 34 pr. de acq. poss. (41. 2). — L. 2. §. 6. pro emt. (41. 4). — L. 3. §. 8. de cond. eans. dai. (12. 4). — L. 13. §. 2. de contr. emt. (18. 1).

(v) L. 5. C. de test. (6. 23). — L. 4. 7. C. de hered. inst. (6. 24). — L. 14. §. 2. L. 13. de lib. et post. (28. 2).

(x) §. 4. Inst. de legat. (2. 20). — L. 67. §. 8. de legat. (31). — L. 10. C. de legat. (6. 37).
(y) L. 9. pr. de cont. emt. (18. 1).

(z) L. 8. pr. L. 13. pr. 44. de cont. emt. (18. 1).

(aa) L. 32. de reb. ered. (12. 1). — L. 52. §. 21. L. 66. §. 4. de fort. (47. 2).

(bb) L. 13. de iurisd. (2. 1). — L. 2. pr. de ind. (5. 1).

cere sopra un fondamento erroneo non può ritenersi come una tacita manifestazione di volontà: *Nulla enim voluntas errantis est* (cc). Similmente quando l'erede istituito, per errore prende cura delle cose ereditarie credendole proprie, il suo operare non potrà essere ritenuto come una tacita adesione alla eredità medesima (dd).

3) A questo principio si congiunge ancora l'altra massima che l'errore esclude il dolo e la mala fede, ossia quando la legge fa derivare una serie di pregiudizii dalla esistenza del dolo e della mala fede, questi non hanno luogo nel caso che vi fosse errore (ee).

(2) Oltre a questa distinzione un'altra ve ne ha, la quale concerne solamente l'errore di diritto: questa distinzione, avendo prodotto molta differenza di opinioni nelle scuole, ha mestieri di essere considerata particolarmente in tutte le sue parti. In un luogo *Papiniano* sentenza: « *Iuris ignorantia non prodest acquirere volentibus, suum vero petentibus non nocet*: e poscia: *Error facti ne maribus quidem in damnis vel compendiis obest; iuris autem error nec feminis in compendiis prodest; ceterum omnibus iuris error in damnis amittendae rei suae non nocet* (ff) ».

Il principio che da questi due passi si rileva è il seguente: L'errore di fatto assolutamente non nuoce nè in rapporto al *damnum*, nè in rapporto al *lucrum* o *compendium*; ma l'errore di diritto assolutamente non giova in rapporto al *compendium*, non nuoce in rapporto al danno. Espresso il principio così generalmente, ha elevato con ragione le più serie difficoltà, trovandosi in contraddizione con i principii stabiliti nella teoria dell'errore, e con l'applicazione di essa.

E di vero secondo il principio stabilito l'errore vincibile non scusa mai e l'errore di diritto in special modo è considerato, rarissimi casi eccettuati, come l'effetto di negligenza, e quindi nuoce. Ora nel principio di *Papiniano* abbiamo perfettamente l'opposto, imperocchè l'errore di diritto, nel caso di danno, sarebbe sempre scusabile; e similmente l'errore di fatto sarebbe poi in ogni caso scusabile, cioè anche quando prodotto da negligenza. Per tali contraddizioni, *Savigny* (gg) conchiude, che i testi di *Papiniano* non meritano considerazione, poichè sono una pruova poco felice per stabilire in questa teoria un principio generale. Questo certamente non sarebbe, secondo lui, un errore di *Papiniano*; ma piuttosto de' compilatori delle *Pandette*: imperciocchè se noi potessimo conoscere non un frammento, ma tutta la teoria come fu trattata da questo grande giurista, sapremmo che egli volle discorrere forse dell'errore delle persone privilegiate, e propriamente delle donne. Ma quest'in-

(cc) L. 19. 20. de aqua et acq. pl. (39. 3). *Pomp.* Labeo sit, si patiente vicino opus faciam, ex quo ei aqua pluvia noceat, non teneri me actione aquae pluviae arcendae; L. 20. sed hoc ita, si non per errorem aut imperitiam deceptus fuerit, nulla enim voluntas errantis est.

(dd) L. 20. pr. de acq. hered. (29. 2.). — V. anc. §. 7. Inst. de test. ord. 2. 10.). — L. 19. (verb. nec enim quae ex testamento etc., de inoff. test. (3. 2.). — L. 8. de her. pet. (5. 3.). — L. 54. de R. V. (6. 1.). — L. 79. de legat. (31.). — L. 20. pr. famil. etc. (10. 2.). — L. 4. 5. 8. 9. C. h. t. — L. 18. C. de R. V. 3. 32.).

(ee) L. 23. §. 6. de her. pet. (5. 3.). — L. 36. §. 1. L. 37. pr. de usarp. (41. 3.). — §. 5. Inst. de nuc. (2. 6.). Item sit is, ad quem ancillae usufructus perlinet, partem suam esse credeus, vendiderit aut donaverit, furtum non committit; furtus enim sine affectu furandi non committitur.

(ff) L. 7. 8. h. t. — V. anc. L. 3. C. Th. de spons. (3. 5).

(gg) *Savigny*, O. C. app. VIII. N.º VIII.

gegna opinione del *Savigny* non è soddisfacente: non bisogna provarsi a spiegare la contraddizione, l'interprete deve provarsi per contra a conciliare quei testi colla legislazione romana.

Hermann al contrario fa distinzione tra il significato delle parole *compendium*, *damnum*, e *damnum amittendae rei suae*. *Compendium* sarebbe l'usucapione e i negozi onerosi bilaterali, i quali sono conchiusi nella intenzione di fare un guadagno: *damnum* significherebbe le omissioni, per le quali si perde una sopravvivenza: e finalmente le parole *damnum amittendae rei suae* avrebbero per significato le donazioni, la *solutio sine causa*, specialmente la *solutio indebiti*; in rapporto al *compendium* e *damnum* l'errore da considerarsi dev' essere scusabile, mentre in rapporto al *damnum amittendae rei suae*, è preso in considerazione anche l'errore generalmente non scusabile (hh). Questa teoria non solo lascia perfettamente tranquilla la contraddizione notata, ma è arbitraria, opposta non solo alla lettera de' frammenti di *Papiniano*, ma ancora alla teoria generale dell'errore.

Affinchè potessimo procedere con ordine, fa mestieri in primo luogo indagare il significato delle parole *compendium*, e *damnum*. In sulle prime si presenta alla nostra mente il significato più comune, significare cioè *damnum* il danno positivo o altrimenti detto *damnum emergens*: e *compendium* il danno negativo, altrimenti *lucrum cessans*. Ma dopo un attento esame, nel sistema giustiniano vediamo essere possibile anche un altro significato, essendochè non poche volte il *damnum emergens* ed il *lucrum cessans* vengono compresi con la parola *damnum*. Difatti *Paolo* in un luogo dice: « In lege enim Aquilia *damnum* consequimur et amisisse « dicemur quod, aut consequi potuimus, aut erogare cogimur (ii): e altrove così si esprime *Ulpiano*: « *Damnum* autem pati videtur, qui commodum amittit, quod ex « publico consequatur, qualequale sit » (kk).

Ora stando tutto ciò, non è contraria ai fonti l'opinione, che nel *damnum* di *Papiniano* debbasi intendere tanto il danno positivo quanto il negativo, mentre con la parola *compendium* egli intende quel lucro che si consegue a causa dell'errore. Tanto più chenei fonti una precisa distinzione negli effetti tra lucro cessante e danno emergente non esiste, anzi tanto l'una che l'altra specie hanno le medesime conseguenze; ma non così quando comprendiamo la parola *compendium* nel senso nostro, essendo diverse le conseguenze; giacchè la idea fondamentale è la perdita di ciò che non avremmo mai avuto senza l'errore.

Indagato il significato delle parole, e posto per principio che debbasi tener sempre conto della teoria generale dell'errore, applichiamo questa ai testi di *Papiniano*. Due interpretazioni sono possibili, o sotto le parole *error iuris* s' intende l'errore di diritto scusabile, ossia quello stato in cui ad una persona riusciva impossibile la conoscenza del diritto; ovvero l'errore di diritto assolutamente preso, cioè anche quello che potevasi facilmente evitare. Attenendoci al primo significato, la conseguenza sarebbe che, in rapporto al *compendium* o al lucro l'errore di diritto non scuserebbe affatto; in rapporto al *damnum* sarebbe poi ammesso solamente l'errore di diritto scusabile. Che se si volesse eseguire il secondo supposto, il pensiero di

(hh) *Hermann* degli effetti dell'errore. Wetzl. 1811.

(ii) L. 33. pr. ad Leg. Aquil. §. 2..

(kk) L. 2. §. 11. ne quid in loco pub. (43. 8. — V. anc. §. 10. Inst. de Leg. Aquil. (4. 3). — L. 11. pr. ad exhib. (10. 4). — L. 13. rat. rem. haber. (46. 8.).

Papiniano sarebbe al contrario il seguente : in rapporto al danno scusa qualunque errore di diritto, nel *compendio* quello solamente tenuto per scusabile. Per non essere in contraddizione con tutto il sistema crediamo la prima interpretazione più esatta. Egli è certo che nel diritto romano tanto vale errore di diritto, quanto errore di fatto prodotto da grande negligenza ; ora se in rapporto al danno dovesse scusare ogni errore di diritto, scuserebbe egualmente ogni errore di fatto anche se la causa del medesimo fu una somma negligenza ; sarebbe questa una conseguenza da spaventare anche i sostenitori della dottrina contraria ; giacchè ciò sarebbe contrario all'altra massima : *qui sua culpa damnum sentit, damnum sentire non intelligitur*. Più savio consiglio sarebbe quello di ammettere che *Papiniano* nelle leggi citate non voglia fondare un principio generale, ma applicare la teoria dell' errore ai casi del danno e del lucro, e suppone per conseguenza le regole generali ; sicchè la legge sonerebbe così : « un errore di fatto (scusabile) è preso in considerazione tanto in *damnis* quanto in *compendiis* ; l'errore di diritto (scusabile) può giovare in *damnis*, ma non in *compendiis*. La difficoltà che fa nascere questa interpretazione sta in ciò, che in rapporto al *compendio* l' errore di diritto anche scusabile non ha nessun effetto, e sarebbe poco naturale di ammettere questo pensiero in *Papinianiano*, di stabilire cioè casi in cui neppure l'errore di diritto scusabile potesse essere preso in considerazione. Questa difficoltà è di nessuna importanza dopo che si è dichiarato il significato del *damnum* e del *compendium* ; in qualche caso di *lucrum cessans* la legge chiede che l' errore di diritto sia scusabile, come sarebbe p. e. quando una persona per errore di diritto trascura il termine per la *bonorum possessio* (II).

A questa nostra opinione potrebbe opporre che l'errore non potrà mai essere il fondamento di un positivo vantaggio, dappoichè se l' errore alle volte scusa non è certamente per conseguire un utile, ma per evitare una perdita, e quindi se la legge 8 accenna all'errore in rapporto al *compendium*, non debesi per questo vocabolo comprendere un reale vantaggio, ma il lucro cessante. A questo proposito bisogna rammentarsi de' vantaggi che vanno uniti alla *bonae fidei possessio*, cioè l' usucapione e l'acquisto della proprietà dei frutti naturali ; ed è massimamente a questo proposito che debesi applicare quel dato punto della regola di *Papiniano*, cioè che l'errore di diritto, anche scusabile, non è ammesso nel *compendium* ; *Paolo* dice al proposito : *NUNQUAM in usucapionibus iuris error possessori prodest* (mm).

. (II) L. 10. de bon. poss. (37. 1.). — L. 2. in fin. quis ordo in poss. serv. (38. 15.).

(mm) L. 31. pr. de usur. (41. 3.). — V. anc. L. 24. pr. eod. *Pompon.* Ubi lex inhibet usucapionem, bonafides possidentis nihil prodest. — L. 32. §. 1. eod. — L. 4. h. t. — L. 2. §. 15. pro emt. (41. 4.). — *Vangerow*, O. C. §. 83. an. V. — *V. an. Cuiacii*, *Observ.* V. 39. in op. IV. p. 502. — *Donelli*, *com. iur. civ. I. c.* 21. §. 13. — *Mühlenbruch*, *Archiv. Civ.* II. p. 361.

§. 45.

C) Della frode.

T. D. de dolo malo (4. 3.) — T. C. h. t. (2. 21).

Intendiamo per frode (*dolus*) il trarre altrui in errore e giovarsene per un affare giuridico (a); onde non può esistere dolo senza l'errore dall'altra parte. La volontà che nel determinarsi subisce l'influenza della frode, può sembrare anche apparente; invece essa, come nella teorica della violenza e dell'errore, è reale, ed il suo manifestarsi crea un per sè valido negozio: però, come la violenza, la frode si oppone al libero svolgimento della personalità, onde vediamo dai Romani consacrare a questo proposito i medesimi principii di equità e dare a colui che soffre per malizia altrui con l'*actio* e l'*exceptio doli* e con la restituzione in intero un mezzo per rescindere l'atto (b). Una sola differenza vi ha tra i mezzi dati a causa del timore, e quelli per la frode, ed è, che i primi operano sempre contro chiunque, ossia in *rem*, laddove questi contro colui che si servi dell'inganno, ossia in *personam*.

Affinchè questi mezzi potessero giovare all'ingannato conviene che questi sia di buona fede, poichè se i contraenti agirono entrambi con frode, allora il dolo resta compensato (c), e che l'inganno non sia facile a rilevarsi (d).

Da tutto ciò si ricava che la frode suppone un errore nella parte contraria; ora quando questo errore versa sul diritto, ossia non è scusabile, la frode che siavi stato nell'altro contraente, non può dar fondamento a nessuna azione.

Il dolo non si presume mai, ma dev'essere sempre provato (e).

(a) L. 1. §. 2. h. t. *Ulp.* Dolum malum Servius quidem ita definit, machinationem quandam alterius decipiendi causa, quum aliud simulatur et aliud agitur.

(b) L. 1. §. 1. L. 4. §. 13. de doli mali et met. exc. (44. 4). *Paul.* Ideo autem hanc exceptionem Praetor proposuit, ne cui dolus suus per occasionem iuris civilis contra naturalem acquitatem prosit. — L. 7. pr. h. t. — L. 13. §. 4. de act. emt. vend. (19. 1).

(c) L. 36. h. t. *Marc.* Si duo dolo malo fecerint, invicem de dolo non agent. — L. 57. §. 3. de cont. emt. (18. 1.).

(d) L. 16. §. 4. de minor. (4. 4).

(e) L. 6. 18. §. 1. de prob. (22. 3.). *Ulp.* Qui dolo dicit factum aliquid, licet in exceptione, docere dolum ad missum debet — L. 6. C. h. t. — L. 51. pr. pro socio (17. 2.).

§. 46.

II. Della dichiarazione della volontà.

Savigny, III. §. 130.

La volontà ch'è il fondamento di ogni fatto giuridico non può produrre effetti nel diritto, se non si manifesta esternamente; dal momento ch'è dichiarata, decidiamo della sua esistenza.

Tale esterna manifestazione può essere di diversa forma, e propriamente può seguire con formole determinate o senza, in modo espresso tacito e presunto.

1) Diciamo essere dichiarazione di volontà formulata, quella che non può essere altrimenti fatta che nel modo preventivamente determinato dalla legge; per la validità di essa le formole sono requisito essenziale: com'è pel matrimonio, pel testamento, ecc. La dichiarazione che avviene in questa forma ha il vantaggio di offrire una maggiore garanzia e circospezione.

2) La dichiarazione della volontà può non aver bisogno della formola, e allora sarà semplicemente espressa; pel che non è necessaria assolutamente la parola, basta un atto diretto come lo scritto, un semplice cenno, e simili (a). Ma se al contrario risulta da mezzi indiretti, i quali, sebbene non rivolti manifestamente ad un negozio civile, pure rivelano un'intima risoluzione riguardo ad esso, la dichiarazione si dirà tacita.

La tacita dichiarazione in alcuni casi si può interpretare in vario modo, e chi argomenta da essa, bisogna che faccia uso delle regole della interpretazione, poichè non è difficile che in simili atti indiretti nasca ambiguità: ed allora colui, che vuole evitare che i suoi atti s'interpretino come tacito assentimento, ha bisogno di far protesta o riserva, e però è mestieri una novella dichiarazione di volontà.

3) Il silenzio per sè stesso non può essere mai considerato come manifestazione di volontà, in quanto che l'atto interno, finchè non si dichiara esteriormente, potrà entrare nel dominio della morale, ma non mai in quello del diritto (b). Vi è nondimeno qualche caso in cui il tacere

(a) L. 38. de obi. et act. (44. 7). *Paul.* Non figura literarum, sed oratione, quam expriment literae, obligamur; quatenus placuit, non minus valere, quod scriptura, quam quod vocibus lingua figuratis significaretur. — L. 21. pr. de legatis (32). *Paul.* Nota etiam relinquitar fideicommissum, dummodo is notu relinquat, qui et loqui potest, nisi superveniens morbus ei impedimento sit. — L. 1. §. 3. de assign. libert. (38. 4). — L. 6. de reb. cred. (12. 1).

(b) L. 142. de R. I. (50. 17). *Paul.* Qui tacet, non atque fatetur, sed tamen verum est, eum non negare.

è già una volontà dichiarata, onde la massima « *qui tacet consentire videtur* »; la ragione è che la legge stabilisce in certi casi la necessità di manifestare una determinata volontà, onde se allora si tace, questo silenzio è chiaro indizio di un volere, e la volontà è quindi assolutamente presunta: così p. e. l'adozione, nello stretto significato, è già valida pel tacere dell' adottato (c); il tacere del padre, mentre si contrae il matrimonio di suo figlio, è ritenuto come consenso (d); vale aneora come assenso il silenzio del padre in un mutuo fatto da suo figlio (e), ecc.

§. 47.

III. Del consenso del terzo.

1) La volontà, ancorchè manifestata nelle forme discorse nel precedente paragrafo, può alle volte non produrre i suoi effetti, poichè sola non è sufficiente; ma ha bisogno del consenso di altre persone; di questa natura è la volontà del pupillo, la quale non può esser valida senza il consenso del tutore, del figlio di famiglia in molti casi senza l'assenso del padre, ec. Si richiedono allora due volontà egualmente libere, e dirette al medesimo scopo: onde ne segue che il consenso del terzo può andar soggetto alle medesime influenze di ogni altra volontà, come alla violenza, all'errore, alla frode; e può essere liberamente dato e liberamente negato.

Questo consenso a sua volta può essere espresso o tacito; così quando colui, che deve dare il suo assenso, ha perfetta conoscenza della volontà dichiarata, e per tanto non fa nessuna riserva, il consenso è ritenuto come tacito, specialmente quando colui, che dichiara la sua volontà, l'ha direttamente o indirettamente notificata all' altro.

Il consenso tacito si manifesta ancora quando colui, ch' è chiamato a darlo, fosse presente alla dichiarazione della volontà: come se fece da testimone o in questa qualità ha sottoscritto l' atto (a).

Mancando il consenso di quelle determinate persone, la volontà dichiarata rimane senza efficacia.

(c) L. 5. de adop. (1. 7).

(d) pr. Inst. de nupt. (1. 10.).

(e) L. 12. 16. ad SC. Maced. (14. 6.).

(a) L. 1. §. 3. quod. inssu (15. 4.). — L. 26. §. 1. de pign. (20. 1). — L. 8. §. 13. quib. mod. pign. (20. 6.). *Marc.* Non videtur autem consensisse creditor, si scienter eo debitorem vendiderit, quum ideo passus est venire, quod sciebat ubique pignus sibi durare; sed si subscriperit forte in tabulis emtionis, consensisse videtur, nisi manifeste appareat, deceptum esse; quod observari oportet, et si sine scriptis consenserit.

§. 48.

IV. Della ratificazione.

Busse, de ratihabitione, Lips. 1834.

1) Intendiamo per *ratihabitio*, ratifica, il consenso dato ad un negozio posteriormente alla sua formazione, sia che trattisi di affari proprii, sia di affari altrui, per la validità dei quali fosse necessario il nostro consenso; appena il consenso è dato, il negozio civile è considerato valido come se dal principio fosse stato validamente conchiuso (a); p. e. se Tizio impegna una cosa di Caio, e questi dopo ratifica il pegno, questo sarà valido non dal momento della ratifica, ma dalla costituzione dell'atto stesso; similmente quando un figlio di famiglia contrae un mutuo senza il consenso di suo padre, e questo segue dopo, il mutuo sarà valido dal momento della contrattazione (b). Ma d'altra parte la convalidazione dell'atto non deve arrecare nocumeto ai diritti legalmente acquistati da terze persone. Quando p. e. Caio ha oppignorato una cosa di Sempronio dapprima a Tizio, e poscia a Mevio, ed il proprietario stesso l'abbia dato in pegno ad un terzo, ratificando nel medesimo tempo i due primi, i tre pegni non possono certamente avere la medesima data; ma in primo luogo verrà il creditore del proprietario dell'oggetto, quindi Tizio, ed in ultimo luogo Mevio.

Quando un negozio civile ha tale difetto in sè, che può esser tolto col semplice consenso, o quando il negozio giuridico poteva essere rescisso, ma invece della rescissione segue l'assenso, questo si retrotrae al momento della conchiusione del contratto (c).

Quando il negozio giuridico non è valido per condizioni indipendenti dalla volontà, ossia per difetto, che l'assenso non può togliere via; se la circostanza che rendeva nullo il negozio civile venisse meno, e questo si ratificasse, sarebbe valido dal momento della ratifica e non da quello della conchiusione dell'atto (d).

(a) L. 56. de ind. (3. 1). *Ulp.* Licet veram procuratorem in indicio rem dedecere verissimum est, tamen, etsi quis, quum procurator non esset, litem sit contestatus, deinde ratum dominus habuerit, videtur retro res in iudicium recte deducta. — L. 16. §. 1. de pign. (20. 1.). — L. 60. — cf. L. 152. §. 2. de R. I. (50. 17). — L. 71. §. 1. 2. de sol. (46. 3).

(b) L. 7. pr. C. ad SC. Maced. (4. 28).

(c) L. 25. in fin C. de donat. int. vir. et uxor. (3. 16)... *Sin vero vel non amplior sit donatio, vel quum amplior esset, in artis insinuat sit, tunc et silentium donatoris, vel donatris, et specialis confirmatio ad illud tempus referatur, quo donatio conscripta sit, sicut et alias ratihabitiones negotiorum ad illa reduci tempora oportet, in quibus contracta sunt. Nec in ceterum subtilem divisionem facti vel iuris introduci posse.*

(d) L. 25. C. de don. int. vir. et uxor., et de ratihabitione (3. 16.). *Iustinianus*.... Nam am-

Quando la dichiarazione della volontà dev'essere formale (e) non ha luogo ratificazione; p. e. quando un testamento è nullo per difetto di forme, non può mai essere ratificato.

La *ratihabitio* può essere ancora espressa o tacita; così alcuni atti giuridici vietati, quando non sono rivocati per tutta la vita, s' intendono ratificati; com'è delle donazioni tra coniugi, giacchè quando il coniuge donante nell'ultimo momento di sua vita non dispone altrimenti della donazione fatta durante il matrimonio; questa, nulla fino a quel punto, è indi considerata valida.

SEZIONE II.

DEI NEGOZII CIVILI.

§. 49.

I. Concetto e specie dei negozii civili.

I. Intendesi per negozio civile quella dichiarazione di volontà, la quale crea, modifica o annulla una relazione giuridica. I negozii civili possono essere di differente natura.

1) Sono unilaterali o bilaterali; in questi è necessaria la convenzione di due o più persone interessate; negli altri è sufficiente la dichiarazione della volontà di un solo. È negozio civile bilaterale il contratto; è unilaterale il testamento, l'occupazione, ecc.

2) Sono inoltre lucrativi, od onerosi: i primi consistono in un atto di liberalità a tutto lucro di una parte, come la donazione; gli altri per contrario in uno scambio di equivalenti.

3) Sono finalmente tra vivi o per causa di morte; questi si distinguono dai primi in quanto che gli effetti ne cominciano dopo la morte della parte: di questa natura sono il testamento, il legato, il codicillo, e la *donatio mortis causa*.

II. Per ciò che concerne il tenore del negozio civile si possono distinguere tre parti integranti; essenziali, naturali, ed accidentali. Parti

prioris quantitatis donationem, minime intimatam, nec per silentium eius, qui donavit, confirmari concedimus. Sin vero specialiter eas in suprema voluntate donator vel donatrix confirmaverit, sine ulla distinctione ratae habebuntur, Ita tamen, ut si quidem ultra lege finitam quantitatem expositae minime in actis insinuatae fuerint, specialis earum confirmatio ex eo tempore vim habeat, ex quo eadem donationes confirmatae sunt. — L. 4. §. 6. de off. proc. (1. 16.) — L. 27. C. §. 1. de rit. nupt. (23. 2.).

(e) v. § 46.

essenziali diconsi quei requisiti strettamente necessari all' esistenza del negozio giuridico. Parti naturali quei requisiti che per legge si suppongono in un atto giuridico , finchè non venga provato che i contraenti abbiano disposto altrimenti. Tutto quello poi ch'è aggiunto dall'arbitrio delle parti , e che per conseguenza non è nè essenziale , nè si suppone per legge, dicesi parte accidentale di uno negozio civile.

§. 50.

II. Parti essenziali.

Sono parti essenziali d'ogni atto giuridico la idoneità del subbietto, quella dell'obbietto, e la valida manifestazione della volontà.

1) In primo luogo è strettamente necessario per ogni negozio civile la idoneità del subbietto (a).

2) In secondo luogo l'obbietto dev'essere capace d'essere o divenire obbietto di un negozio civile: giacchè quando questo versa sopra un oggetto che non esiste o che non è mai esistito, è nullo; lo stesso si dica quando l'oggetto non può venire in essere (b). Similmente non può esistervi negozio civile che ha per obbietto una cosa fuori commercio (c). Nulli sono egualmente que' negozi civili, i quali si mostrano contrarii ai buoni costumi (d).

3) Requisito indispensabile è ancora una valida manifestazione di volontà, e propriamente la manifestazione di una sola volontà nel negozio unilaterale, e l'accordo di due o più nel bilaterale. In alcuni negozi oltre a ciò è necessariamente richiesto l'assistenza di altre persone ; questi atti vengono appellati per nomenclatura giuridica *negotia solemnia* , e le persone che devono prestare la loro presenza si addimandano perciò solenni testimoni. In qualche altro negozio civile è un requisito essenziale la dichiarazione in iscritto: ciò è riconosciuto nella legislazione giustiniana massimamente per la intercessione delle donne (e).

(a) V. §. 14. ss. §. 42.

(b) §. 36. Inst. de legatis (2. 20).—L. 35. de verb. ob. (45. 1).—L. 31. de R. I. (30. 17). *Ulp.* Verum est, neque pacta, neque stipulationes factam posse tollere; quod enim impossibile est, neque pacto, neque stipulatione potest comprehendi, ut utilem actionem aut factum efficere possit.

(c) §. 4. Inst. de legatis (2. 20).—L. 34. §. 1. de cont. emt. (18. 1). *Paul.* Omnium rerum, quas quis habere, vel possidere, vel persequi potest, venditio recte fit, quas vero natura, vel gentium ius, vel mores civitatis commercio exuerunt, earum nulla venditio est. — L. 39. §. 8. 10. de legatis (30). — L. 83. §. 3. de V. O. (43. 1). — L. 1. §. 4. de O. et A. (44. 7). — §. 2. Inst. de iunt. stip. (3. 19).

(d) §. 36. Inst. de legatis (2. 20). — L. 7. §. 3. de pactis (2. 14). *Ulp.* Si ob maleficium, ne fiat, promissum sit, nulla est obligatio ex hac conventionem.— L. 26. 35. §. 1. V. O. (43. 1).

(e) L. 23. §. 2. C. ad SC. Velleian. (4. 29.).

4) In alcuni negozi civili è strettamente richiesta la conferma dell'autorità giudiziaria, come nell'alienazione de' beni del minore.

5) Finalmente in altri affari giuridici è richiesto necessariamente un rescritto dell'imperatore: così nella *impetratio dominii per principem*, e nell'arrogazione.

La natura di ogni singolo negozio civile, e la legge ci avvisano dei requisiti naturali dell'atto.

III. Parti accidentali de' negozi civili.

A. Delle condizioni.

§. 51.

1) Concetto, e specie delle condizioni.

T. D. de conditionibus institutionum (28. 7.) — T. D. de conditionibus et demonstrationibus (33. 1.) — C. de donat. quae sub modo vel conditione vel certo tempore faciuntur (8. 53.) — C. de condit. insertis, etc. (41. 46). — *Balduini*, Commentarius de conditionibus. (V. Heineccii iurispr. Rom. et Att. I. pag. 323, e sqq.) — *Donelli*, Com. iur. civ. lib. VIII. e. 30 sqq. — *Savigny*, Sist. III. §. 116 — *Sintenis*, Diritto civile pratico I. §. 20.

I. Condizione è quella parte accidentale di un negozio civile, la quale fa dipendere in modo arbitrario la esistenza del negozio stesso da un fatto futuro ed incerto; oppure dicasi condizione l'avvenimento stesso futuro ed incerto in quanto che da esso dipende la esistenza dell'atto.

Da questa definizione si scorge che la condizione è solamente apparente: 1) quando l'avvenimento non è incerto; ma che o è certo che si avvera, o certo che non potrà avverarsi; 2) similmente è apparente quella condizione la quale non è che requisito necessario dell'atto stesso, ossia le così dette *conditiones tacitae, quae insunt, extrinsecus veniunt* (a); p. e. se s'istituisse un erede con la condizione che sopravviva al testatore, o un legato con la condizione che l'erede istituito accetti la eredità; però, quando simili condizioni sono apposte ad atti che devono per diritto essere incondizionati, come l'accettazione, la diseredazione di un *heres suus*, valgono come vere condizioni, e perciò l'atto è annullato (b). 3) Nella me-

(a) L. 99. b. t. (35. 1.). *Papin.*, *Conditiones extrinsecus, non ex testamento venientes. L. e. quae tacite insere videantur, non faciunt legata conditionalia.*

(b) L. 68. in fin. de hered. inst. (28. 5.). *Procul.* Sic enim filii exheredario cum eo valet, si quis heres existat, et tamen nemo dubitat, quin, si ita aliquis filium exheredaverit: *Titius heres esto, et quum heres erit Titius, filius exheres esto*, nullius momenti esse exheredationem. — L. 77. 193 de R. I. *Modest.* Expressa nocent, non expressa non nocent.

desima guisa non è vera condizione quella che facesse dipendere la esistenza del negozio giuridico da un avvenimento passato o presente (c).

II. Le condizioni si distinguono in: 1) positive o negative; le prime sono quando l'avvenimento che fa condizione è positivamente espresso, ossia deve avvenire affinchè il negozio fosse considerato come esistente; negative, quando è negativamente espresso, ovvero quando dal non accadere di un avvenimento dipende la esistenza dell'atto.

2) La causa, dalla quale dipende la condizione, può esistere nell'arbitrio delle parti, o in un caso indipendente dalla volontà, oppure tra questi due termini: onde la divisione in condizioni potestative, casuali, e miste. In rapporto a quest'ultima distinzione è d'uopo fare le seguenti considerazioni:

a) La causa della condizione può dipendere dall'arbitrio di colui, il quale nel negozio condizionale ha tutto l'interesse, o dall'arbitrio di colui, il quale si rappresenta come obbligato; oppure è dipendente dalla volontà di un terzo.

Nel primo caso l'atto è valido, sebbene il più delle volte la condizione è inutile, e l'atto è ritenuto fatto puramente: come p. e. quando un estraneo è istituito erede sotto la condizione se il voglia (d); in quei diritti poi i quali si acquistano senza una determinata dichiarazione di volontà, come il legato, l'acquisto della eredità da parte di un *suus heres*, una tale condizione è reale ed effettiva, e l'atto vale come condizionato (e). Lo stesso si dica di quelle altre specie di condizioni le quali, benchè dipendano dalla volontà di colui che acquista, devono essere espresse con un atto esteriore, p. e. *si Capitolium ascenderit*, e che propriamente consistono in una specie di obbedienza, che l'erede o il legatario debbono mostrare dopo la morte del testatore (f). È regola generale di diritto che le condi-

(c) §. 6. Inst. de V. O. (3. 15.) *Conditiones, quae ad praeteritum vel praesens tempus referuntur, aut statim infirmant obligationem, aut omnino non differunt; veluti si Titius consul fuit, vel si Maevius vivit dare spondes? Nam si ea ita non sunt, nihil valet stipulatio; sin autem ita se habent, statim valet: quae enim per rerum naturam sunt certa, non morantur obligationem, licet apud nos incerta sint.* — L. 100 de V. O. (45. 1.).

(d) L. nn. §. 7. C. de cad. tolli. (6. 54). — L. 1. §. 8. si quis omis. caus. (29. 4). — L. 78. §. 1. h. t. (35. 1). — L. 12. h. t. (28. 7). *Hermog.* Verba haec: *Publius Maevius, si volet, heres esto*, in necessario conditionem faciunt, ut, si nolit, heres non existat; nam involuntaria heredis persona frustra adduntur, quum, etsi non fuerint addita, invitus non efficitur heres. — L. 6. C. de necess. hered. instit. (6. 27).

(e) L. 4. de hered. inst. (28. 5). *Ulp.* Saus quoque heres sub conditione heres potest institui. Sed sciendus est filius, quia non sub omni conditione institui potest et quidem sub ea conditione, quae est in potestate ipsius, potest, de hoc enim inter omnes constat. — L. 86. pr. L. 69. cod. L. 12. h. t. (28. 7). — Vedi not. preced.

(f) L. 11. §. 1. h. t. (35. 1). *Paul.* Item sciendum est, promiscuas conditiones post mortem impleri oportere, si in hoc fiant, ut testamento pareatur, vincti: si Capitolium ascenderit, *Diritto romano.*

zioni potestative debbono essere giudicate come tali secondo la loro natura e i casi in cui avvengono (g).

b) Quando al contrario la causa della condizione è nell'arbitrio di colui il quale si presenta in un negozio civile come obbligato, allora questo è per se stesso nullo: p. e. se in una stipulazione il debitore promette qualche cosa a condizione, che il voglia, la stipulazione sarà certamente di nessun momento (h). Al contrario, quando la condizione deve manifestarsi in un'azione esterna dell'obbligato, può valere perfettamente come condizione (i).

c) Se in fine la condizione è messa nell'arbitrio di un terzo, bisogna fare la distinzione tra contratti e testamenti; in rapporto ai primi, potendo il terzo avere un possibile interesse d'impedire il contratto che le due parti vogliono rispettare, tale condizione vera non invalida l'atto: non così nelle istituzioni di erede, e ne'legati; poichè in questo caso tanto la istituzione di erede, quanto il legato è nullo (j); se ne eccettua solamente il fedecommesso (k). Finalmente se l'adempimento della condizione dipende dalla volontà di un terzo, in quanto che non si manifesta in un semplice volere, ma in un atto esteriore, la condizione sarà effettiva anche nella istituzione dell'erede e nel legato (l).

3) In fine le condizioni in rapporto all'effetto si distinguono in sospensive o risolutive, sospensive quando la esistenza di un affare è sospesa fino a che la condizione non si avvera; è risolutiva quando, avverandosi la condizione, il negozio civile si risolve; cosicchè nelle condizioni sospensive si determina il principio, nelle risolutive la fine di un negozio giuridico.

et similia, non promiscuas, etiam vivo testatore existere posse, veluti: ai Titius consul factus fuerit.

(g) L. 4. §. 1. L. 5. de hered. inst. (28. 5). — L. 28. h. t. (28. 7). — L. 4. C. de inst. et subst. (6. 23).

(h) L. 17. 46. §. 3. L. 108. §. 1. de V. O. (43. 1). *Javol.* Nulla promissio potest consistere, quae ex voluntate promittentis statum capit. — L. 7. pr. de contr. emt. (18. 1). — L. 13. C. cod. (4. 38). — L. 43. §. 2. de legatis (30). — L. 11. §. 7. de legatis (32).

(i) L. 3. de legatis (31). *Paul.* Si ita legetur: heres dare damnas esto, si in Capitolium non ascenderit, nulle legatum est, quamvis in potestate eius sit, ascendere vel non ascendere.

(j) L. 68. de her. inst. (28. 5). *Pomp.* Si quis Sempronium heredem instituerit sub hac conditione: Si Titius in Capitolium ascenderit, quamvis non alius heres esse possit Sempromina, nisi Titius ascendisset in Capitolium, et hoc ipsum in potestate sit repositum Titii, quia tamen scriptura non est expressa voluntas Titii, erit utilis ea institutio. Atquin si quis ita scriperit: si Titius voluerit, Sempronius heres esto, non valet institutio.

(k) L. 46. §. 2. de fidec. libert. (40. 5). *Ulp.* Et si ita adscriptum sit: si Seius voluerit, Stichum liberum esse volo, mihi videtur posse dici, valere libertatem, quia conditio potius est, quemadmodum si mihi legatum est: Si Titius Capitolium ascenderit.

(l) L. 68. de her. inst. (28. 5). — Ved. not. j. — L. 52. h. t. (35. 1). — L. 1. pr. de legat. (31).

4) Ogni specie di atto civile può andar soggetto a condizione, vi sono però negozii che non possono essere sottoposti a condizioni. Questi sono gli atti legittimi per eccellenza come l'adozione, l'emancipazione, ecc.

ANNOTAZIONE

(1) Le condizioni impossibili essendo variamente intese, e producendo diverse conseguenze secondo la diversa natura delle relazioni giuridiche, crediamo utile di esaminarle partitamente. Le condizioni possono essere impossibili in tre modi, fisicamente, giuridicamente, e moralmente.

I. Le condizioni fisicamente impossibili (*conditio quae natura impossibilis est*) annullano perfettamente un negozio civile tra vivi (m), sono considerate come non messe in un atto di ultima disposizione (n). In generale bisogna portare l'attenzione sopra i seguenti punti :

1) È indifferente se la condizione fisicamente impossibile sia affermativamente o negativamente espressa; p. e. *se tu tocchi il cielo col dito*, oppure *se non piovesse mai*; purchè non voglia intendersi per condizioni impossibili negative le così dette condizioni necessarie, ossia quelle ch' esprimono la negazione delle condizioni impossibili: p. e. *se tu non tocchi il cielo col dito*; poichè queste sono considerate come non messe in qualunque negozio civile (o).

2) Indifferente è ancora la persona che deve adempiere la condizione.

3) Finalmente quando la condizione naturalmente impossibile avviene in forma di condizione risolutiva, s'intende da sè che la condizione è per se stessa annullata, restando intanto il negozio, come se fosse stato conchiuso senza condizione.

II. Le condizioni giuridicamente impossibili, cioè quelle che si oppongono alle leggi, offrono del tutto le medesime regole delle prime (*conditio quae lege impleri non potest*) p. e. *se Tizio acquista una cosa fuori commercio*. La somiglianza perfetta di queste condizioni con le prime non è affatto artificiale, ma essenziale; dappoichè sono veramente impossibili: l'unica distinzione, che vi può essere, è, che essendo le leggi di natura immutabili, ed i principii del diritto mutabili, alcune di queste ultime condizioni possono addivenire possibili; ma, finchè si oppongono ad un principio di diritto, sono impossibili come le precedenti (p).

(m) §. 11. Inst. de innt. stip. (3. 19). Si impossibilis conditio obligationibus adiciatur, nihil valet stipulatio. Impossibilis autem conditio habetur, cui natura impedimento est, quo minus existat, veluti si quis ita dixerit: Si digito coelum attigero, dare spondes? — L. 1. §. 11. L. 31. de O. et Act. (44. 7). — L. 7. de V. O. (43. 1.). — L. 29. de fidel. (46. 1.). — L. 9. §. 6. de reb. (12. 1.). — Gai. III. §. 98.

(n) §. 10. Inst. de hered. inst. (2. 14). Impossibilis conditio in institutionibus, et legatis, nec non fideicommissis et libertatibus pro non scripta habetur. — L. 3. §. 1. h. t. (35. 1.). — L. 1. §. 6. 20. pr. b. t. (§28. 7.). — L. 16. de ininto nupt. test. (28. 3.). — L. 104. §. 1. de legat. (30.). — L. 5. §. 4. quando dies (36. 2.).

(o) §. 11. Inst. de innt. stip. (3. 19). At si ita stipuletur: si digito coelum non attigero, dare spondes? pure facta obligatio intelligitur; ideoque statim petere potest. — L. 50. §. 1. de her. inst. (28. 5.). — L. 7. §. 8. de V. O. (43. 1.). — Savigny, I. c. p. 158. ss.

(p) L. 137. §. 6. de V. O. (43. 1). Venit. Quum quis sub hac conditione stipulatus sit, si rem sacram, aut religiosam Titius vendiderit, vel forum aut basilicam, et huiusmodi res, quae publicis usibus in perpetuum relictæ sint, ubi omnimodo conditio iure impleri non potest, vel

III. Tutt' altro è poi se consideriamo le condizioni moralmente impossibili, poichè esse possono accadere; se non che contengono un principio contrario ai buoni costumi: onde le prime due specie sono veramente impossibili, queste sono equiparate alle impossibili. Per la qual cosa producono le medesime conseguenze, cioè annullano ogni disposizione tra vivi, sono considerate come non messe in un atto di ultima volontà (q), sebbene con qualche differenza, e propriamente:

1) Nelle condizioni moralmente impossibili non è indifferente la persona, che le dovrebbe adempiere; così p. e. quando la condizione immorale in un contratto è imposta da quello a cui si fa promessa, è nullo nella medesima guisa come se dipendesse da una vera condizione impossibile; quando al contrario si promette alcuna cosa a condizione se il promettente commetta una immoralità, il contratto è valido (r); e similmente se la condizione immorale dipenda da un terzo.

2) Le condizioni immorali espresse negativamente diversificano alquanto dalle negative impossibili; dappoichè queste ultime il più delle volte sono considerate come condizioni necessarie e valgono come non messe; laddove le immorali, se dal promettente, o dal promissario, invalidano sempre il contratto (s). Ma se per contra debbano adempirsi da un terzo, valgono come vere condizioni.

3) Quando le condizioni moralmente impossibili hanno forma risolutiva è applicabile la regola generale (I. 3.), quantunque vi sia qualche differenza: se, p. e. la condizione è espressa in questa guisa: *se colui che acquista commetta una immoralità*, la condizione è valida (t) (ved. III. 1.).

IV. Sulle condizioni impossibili in generale son da fare ancora le seguenti considerazioni:

1) È possibile che la causa, il principio che rende impossibile una condizione sia solamente temporaneo; pure, se al momento della couchiusione del contratto essa era impossibile, infirma sempre il negozio civile (u). Al contrario, quando la condizione era possibile al principio e diventa poi impossibile prima di adempiersi, essa si ritiene per deficiente, anche quando il principio dell'impossibilità è temporaneo (v).

2) Spesso avviene che una condizione dal principio dell'atto sia impossibile in parte, oppure possibile, addivenga dopo impossibile in parte. Le leggi tacciono completamente in rapporto agli atti tra vivi; sicchè è mestieri ricorrere alla teoria generale, ossia che l'atto civile addiviene nullo; eccetto però il caso, quando molti insieme debbono intraprendere qualche cosa, ed alcuni si rifiutano; oppure quando si deve dare qualche cosa a molti, e ciò non avviene presso alcuni (x): ammesso per

id facere ei non liceat, nullius momenti fore stipulationem, proinde ac si ea conditio, quae natura impossibilis est, inserta esset; nec ad rem pertinet, quod ius mutari potest, et id, quod nunc impossibile est, postea possibile fieri; non enim secundum futuri temporis ius, sed secundum praesentis aestimari debet stipulatio.

(q) L. 123. 137. §. 6. de V. O. (43.1). Ved. not. preced.—L. 9. 14. 15. 27. pr. h. t. (28. 7). —L. 5. C. de insulti. (6. 28).

(r) L. 121. de V. O. (43.1). —L. 30. de pactis (2.14). —L. 1.2. C. si manc. ita ven. (4. 56).

(s) L. 26. 27. de V. O. (43. 1). — §. 24. Inst. de inut. stip. (3. 19). — L. 7. §. 3. de pact. (2. 14). —L. 1. §. 2. L. 2. de cond. ob turp. causam (12. 5). —L. 5. de tut. et rat. distr. (27.3).

(t) L. 121. de V. O. (43. 1).

(u) L. 135. §. 1. L. 137. §. 6. de V. O. (43. 1).

(v) L. 83. §. 3. L. 137. §. 6. de V. O. (43. 1). — §. 2. Inst. de inut. stipulat. (3. 19).

(x) L. 412. pr. §. 2. h. t. (35. 1). —L. 6. C. h. t. (6. 46).

altro che la intenzione de' disponenti non si fosse espressa per l'adempimento totale.

3) La medesima regola generale sull'annullamento del contratto è applicabile ancora per quelle condizioni, le quali sono relativamente impossibili, ossia che l'oggetto della condizione è possibile, ma relativamente, così dette *conditiones per suppositionem, vel per accidens impossibiles*, op. *conditiones secundum quid impossibiles* (y).

§. 52.

3) Dell'adempimento e degli effetti delle condizioni.

I. La condizione è adempiuta quando si compie l'avvenimento futuro ed incerto:

1) La condizione affermativa è adempiuta, quando avviene il fatto indicato, e qualora esso non interamente s'avveri, la condizione non può dirsi adempiuta.

2) La condizione negativa è effettuata, quando non è più possibile che avvenga il fatto indicato. Ma è d'avvertire che spesso l'avvenimento di quel fatto diventa impossibile solo dopo la morte di chi potrebbe compirlo, e ciò dà gravi difficoltà in alcuni negozi giuridici, e segnatamente negli atti di ultima disposizione: così esempigrazia, l'acquisto di un legato sotto una condizione di forma negativa può esser protratto molto tempo dopo la morte del testatore, e fors'anco non è possibile durante la vita del legatario; il che contraddice alla intenzione del testatore, ed alla natura della istituzione. Onde i Romani stabilirono questo provvedimento; che il legatario poteva acquistare il legato, dando cauzione (*cautio Muciana*), che, se il fatto contrario si avverasse, restituisse il legato con tutti i frutti.

3) La condizione si deve adempire dalla persona a cui fu imposta, a favore di colui pel quale venne fissata, nel tempo e nel luogo stabilito, e nella forma prescritta (a).

4) Finalmente alcune condizioni si presumono effettuate, quantunque veramente non fossero, nei casi seguenti:

a) Quando colui che non ha interesse che la condizione s'effettui, mette ogni opera a non farla adempire (b).

(y) L. 1. §. 9. conf. con L. 11. de O. et A. (44. 7). — §. 1. 2. Inst. de iust. stipul. (3. 19). — *Gai. Instit.* III. §. 97. 98.

(a) L. 39. §. ult. de statolib. (40. 7). — L. 44. pr. §. 1. 3. h. t. (35. 1). *Paul.* Qui heredi dare iussus est servo alieno instituto, non domino dare debet; nam et si alio herede instituto iussus est servo Titii dare, ipsi servo datur, quia, quae facti sunt, non transenti ad dominum, quem admodum si mihi aut servo Titii stipulatos sim, non Titio, sed servo eius dari potest, et haec vera sunt. §. 1. Sed quum heredi dare iussus est, videamus, ne domino dandum sit; et consequens est, et hic servo dari. §. 3. Contra, qui domino debet dare, non implet conditionem dando servo eius, nisi si dominus consenserit; nemo enim in tali specie conditionem, nesciente me vel nolente, implere potest. — L. 41. §. 12. de fideicom. lib. (40. 5).

(b) L. 161. de R. L. (30. 17). *Ulp.* Iure civili receptum est, quoties per eum, cuius interest,

b) Quando quegli, in cui vantaggio è messa la condizione, la impedisce e così vi rinuncia (c).

c) E qualche volta, specialmente in favore della libertà, è ritenuta come adempiuta la condizione, quando colui che dovea adempirla, fu impedito per caso fortuito (d).

II. Per gli effetti delle condizioni è mestieri osservare queste regole :

1) Fintanto che la condizione sospensiva pende, il negozio civile non è compito; ma non sì tosto quella è avvenuta, che l'atto civile s'integra come se dal principio fosse stato conchiuso senza condizione (*retrotrahitur conditio ab initio negotii*) (e). Dal principio retroattivo della condizione nasce che :

a) Se sotto condizione si è fatta tradizione di una cosa, certamente ne resta la proprietà al tradente, il quale può prenderne qualunque disposizione voglia, come ipotecarla, costituirvi una servitù e simili; ma non appena la condizione è adempita, tutte queste limitazioni del diritto di proprietà sono annullate *ipso facto*; ancora la priorità di un diritto di pegno è computata dal momento della sua costituzione, e non dall'adempimento della condizione (f).

b) Gli effetti della condizione adempita non si alterano menomamente per morte intervenuta di qualcuna delle parti (g).

conditionem non impleri, fiat quominus impleatur, perinde haberi, ac si impieta conditio fuisset, quod ad libertatem, et legata, et ad heredum institutiones perducitur.— L. 81. §. 1. h. t. (35. 1).—L. 85. §. 7. de V. O. (45. 1).—L. 50. de contrab. emt. (18. 1).—L. 38. de statulib. (40. 7).

(c) L. 24. h. t. (35. 1). *Julian.* Iure civili receptum est, quoties per eum, cuius interest conditionem impleri, fit, quominus impleatur, ut perinde habeatur, ac si impieta conditio fuisset; quod perique et ad legata, et ad heredum institutiones perduxerunt.—L. 14. 31. 78. eod.—L. 11. 23. h. t. (28. 7).—L. 34. §. 4. de legatis. (31.).—L. 5. §. 5. quaud. dies (36. 2).

(d) L. 94. h. t. (35. 1).—L. 3. §. 8. 10. 11. L. 4. §. 5.—L. 20. §. 3. L. 28. pr. de statul. (40. 7). *Javol.* Si hereditas eius, qui servum intra dies triginta mortis suae, si rationes reddidisset, liberum esse iusserat, post dies triginta adita est, iure quidem stricto ita manumissus liber esse non potest, quoniam conditione deficitur, sed favor libertatis, eo rem perduxit, ut respondeatur expletam conditionem, si per eum, cui data esset, non staret, quominus expletetur.

(e) L. 78. pr. de V. O. (45. 1). *Ulp.* Si filius familias sub conditione stipulatus emancipatus fuerit, deinde exstiterit conditio, patri actio competit, quia in stipulationibus id tempus spectatur, quo contrahimus.—L. 11. §. 1. qui pot. in pign. (20. 4).—L. 16. de solut. (46. 3).—L. 105. h. t. (35. 1).—L. 18. de R. I. (50. 17).

(f) L. 11. §. 1. qui pot. in pign. (20. 4). *Gai.* Videamus, an idem dicendum sit, si sub conditione stipulatione facta hypotheca data sit, qua pendente alius credidit pure, et accepit eandem hypothecam, tunc deinde prioris stipulationis existat conditio, ut potior sit, qui postea credidisset? Sed vereor, num hic aliud sit dicendum; quam enim semel conditio extitit, perinde habetur, ac si illo tempore, quo stipulatio interposita est, siue conditione facta esset; quod et melius est.

(g) §. 4. Inst. de V. O. (3. 15). . . . Ex conditionali stipulatione tantam spes est debitum iri, eamque ipsam spem in heredem transmittimus, si, priusquam conditio existat, mors no-

c) I frutti raccolti mentre pendeva la condizione debbono esser restituiti con la cosa dopo l'adempimento, avendo nondimeno sempre riguardo alla intenzione delle parti (1).

d) La stessa cosa è per la istituzione d'un erede sotto condizione; perocchè la successione ereditaria non può avere altra origine che la morte del testatore, di guisa che il diritto dell'erede può essere incerto per qualche tempo, ma tostochè sia accertato, farà sempre capo dalla morte del testatore.

e) Pel legato condizionato vale contraria regola circa i frutti raccolti dall'erede, mentre pendeva la condizione; poichè si è interpretata la volontà del testatore come se un termine, anzichè una condizione, avesse apposto (h).

f) Quando la condizione sta nell'arbitrio del debitore, non avrà luogo la retrotrazione e si diritto come esercizio di esso avranno origine dall'adempimento della condizione; dappoichè fino a quel momento non esiste relazione giuridica di sorta alcuna (i).

2) Appena è certo che la condizione non può adempirsi (*conditio deficiens*), si presume che la relazione giuridica non fosse mai venuta ad esistenza; laonde se un oggetto è stato alienato *pendente conditione*, mancando questa, è rivendicato da colui che l'avrà trasferito; così che questi avrà diritto non solo alla proprietà dell'oggetto, ma a tutti i frutti raccolti dal possessore *pendente conditione* (j).

3) Al contrario nel tempo che pende la condizione risolutiva il negozio civile si ritiene come compiuto, come se fosse stato conchiuso senza condizione, ma appena la condizione si avvera, l'atto si risolve in modo come non fosse stato mai conchiuso (*conditio retrotrahitur ab initio negotii*) (k). Per la qual cosa la proprietà ritorna *ipso facto* al tradente con

bis contingerit. — §. 25. Inst. de innt. stip. (3. 19). — L. 36. §. 1. fin. de usufr. (7. 1). — L. 8. pr. de per. et com. (18. 6). — L. 37. de V. O. (45. 1). *Julian.* Si quis, si *Titius consul factus* erit, decem dari sponderit, quamvis pendente conditione promissor moriatur, relinquit heredem obligatum. — L. 2. §. 5. de don. (39. 3).

(h) L. 22. pr. quando dies (36. 2), L. 15. §. 6. L. 24. §. 1. — L. 88. §. 3. ad Leg. Falc. (35. 2). — L. 18. pr. L. 33. 57. pr. ad SC. Trebell. (36. 1).

(i) L. 108. in fin. de V. O. (45. 1). *Iavol.* Nulla promissio potest consistere, quae ex voluntate promittentis statim capit. — L. 9. §. 1. qui pot. in pign. (20. 4). — L. 3. in fin. quib. mod. pign. (20. 6).

(j) L. 37. de cont. emt. (18. 1). *Ulp.* Si quis fundum iure hereditario sibi delatum ita vendidisset; erit tibi emptus tanti, quanti a testatore emptus est, mox inveniatur non emptus, sed donatus testatori, videtur quasi sine pretio facta venditio; ideoque similis erit aub conditione factae venditioni, quae nulla est, si conditio defecerit. — L. 8. pr. de per. et com. (18. 6). — L. 21. fin. de solut. (46. 3).

(k) L. 3. de contr. emt. (18. 1). *Ulp.* Si res ita distracta sit, ut si displicuisset, inempta esset, constat, non esse aub conditione distractam, sed resolvi emptionem aub conditione. — L. 2. de in diem add. (18. 2). — L. 1. de L. commis. (18. 3). — L. 4. C. de pactis int. emt. (4. 54).

tutti i frutti, e tutte quelle disposizioni prese sulla cosa, le quali, valide fino all'avvenimento del fatto, sono annullate (1) (2).

ANNOTAZIONI

(1) Il diritto dell' acquirente dopo adempiuta la condizione è stato oggi in parte contrastato dal *Vangerow*, il quale pone la regola generale che la retroattività della condizione si estende al solo diritto e non all' esercizio di esso, e che il promissario non avrà altro diritto dopo adempita la condizione che d' avere solamente la cosa, e non i frutti di essa (m). Questa dottrina ci sembra poco in accordo coi principii generali della condizione, i quali possono restringersi in queste parole: *pendente conditione* il negozio civile non esiste completamente, ma posciachè la condizione è piena, si giudica perfetto dal momento della sua conchiusione; ora secondo quel dotto giurista da una parte concediamo il diritto fin dalla conchiusione dell' atto, dall' altra parte veniamo a negare le conseguenze di questo diritto; dato adunque che il promettente avesse fatto suoi i frutti *pendente conditione*, adempiuta questa, dovendosi giudicare il promissario come proprietario dal momento della conchiusione del contratto, per essere ragionevoli non potremmo negargli gli effetti immediati del diritto di proprietà, ossia i frutti di già arretrati; perocchè se il promettente deve cessare di esser proprietario non dall' adempimento della condizione, ma dalla conchiusione del contratto, non v' è ragione perchè egli dovrebbe ritenere per sè i frutti raccolti nel frattempo, ossia in quel tempo nel quale egli non dev' essere più considerato proprietario. Si potrebbe certamente rispondere che il promettente raccolse i frutti in virtù del diritto di proprietà ch' egli avea ancora *pendente conditione*, e che il diritto del promissario sui frutti comincia dal solo momento della tradizione, la quale segue dopo adempiuta la condizione. Questa obbiezione per quanto grave sembri a primo aspetto, pure non abbatte la nostra dottrina; imperocchè gli effetti della tradizione dovrebbero aver principio dalla giusta causa della tradizione medesima, ossia dalla conchiusione del contratto come lo stesso diritto di proprietà, ch' è un effetto della tradizione. Infine se il diritto di proprietà del promettente è da tanto da fargli tenere per sè i frutti anche quando è avvenuta la condizione, lo stesso dovrebbe essere ancora per la condizione risolutiva: *pendente* la quale, il promissario si considera proprietario e raccoglie i frutti in forza del suo diritto di proprietà; ora non appena la condizione risolutiva si avvera, egli è obbligato a restituire i frutti raccolti *pendente conditione*; ma le condizioni del promettente mentre pende la sospensiva, non sono le medesime di quelle del promissario mentre pende la risolutiva? E se così è, non dovrebbero valere le conseguenze medesime? È vero, entrambi sono certi della loro proprietà, finchè non avviene la condizione, ma tostochè essa si avvera, questi non è considerato più proprietario fin dalla conchiusione dell'atto, o con altre parole il suo diritto di proprietà si risolve, e similmente quegli, proprietario ancora *pendente conditione*, è spogliato del suo diritto. Per sostenere ad ogni modo la sua opinione il dotto e facondo professore di Heidelberg ammette, che ciò si debba ritenere per presunta intenzione

(1) L. 41. pr. de rei vind. (6. 1). — L. 4. §. 3. de in diem add. (18. 2). — L. 3. quib. mod. pign. (20. 6). — Ved. not. preced.

(m) *Vangerow*, O. c. §. 98.

delle parti. Dunque bisogna in qualunque caso tener presente la volontà delle parti; ma quando questa non si manifesta, bisogna ricorrere ai principii generali. Nè fa caso quell'altra obbiezione; che se questa conseguenza fosse vera si applicherebbe ancora ai legati, pei quali regge una regola contraria; dappoichè generalmente, e non a torto, nei legati si è voluto vedere piuttosto un termine apposto all'atto, anzichè una condizione: *per conditionem tempus demonstratur* (n).

(2) È pure controverso se, avvenuta la condizione risolutiva, il diritto di proprietà si estingue, ovvero nasce solo l'obbligo *ad rem restituendam*. È comune opinione che il diritto di proprietà si estingue *ipso facto*, in guisa che tutte le disposizioni prese dal proprietario interino sono annullate interamente, ed il vero proprietario, ch'è il promettente, potrà rivendicare l'oggetto da ogni terzo possessore; in una parola il dominio è rivotato *ex tunc* e non *ex nunc*. Ultimamente il *Riesser* in una dissertazione ha perfettamente negata questa teoria comunemente accettata (o). Questa controversia ha occupato molti grandi ingegni di Alemagna, e perchè la dottrina del *Riesser* abbatte perfettamente la comune opinione, non è inutile di esporne almeno i punti principali.

Il *Riesser* adunque opina, che appena si compie la condizione risolutiva, il promettente non avrà altro diritto che d'obbligar l'altro a riconsegnargli l'oggetto: però salve rimangono tutte le disposizioni e le parziali alienazioni prese e fatte dal proprietario temporaneo, e per esse il vero proprietario avrà solamente l'azione di risarcimento; questa revocazione del dominio sarebbe adunque *ex nunc*. Egli così ragiona: quando per mezzo di un atto si trasferisce ad una persona la proprietà sotto una condizione risolutiva, ciò significa, che la proprietà è immediatamente passata al promissario, a condizione che essa, dopo avvenuto il fatto della condizione, ritorni al promettente. Se si dice che questo ritorno avviene da sè senza bisogno di riconsegna, come se il promettente non fosse cessato di esser proprietario, questa è solamente una finzione, che bisogna sia provata per legge. Ora deve sembrare massimamente improbabile, che tale finzione possa essere in aperta contraddizione col principio fondamentale del diritto romano; poichè la proprietà non si acquista col solo contratto, ma evvi bisogno della tradizione. Ritenendosi adunque la comune opinione, che in forza di un solo contratto sulla restituzione aggiunto al contratto principale si possa riacquistare la proprietà, si viene a contraddire un principio fondamentale del diritto romano. Per quanto ingegnosa possa essere questa argomentazione pure non basta a convincerci. Non possiamo contraddire il principio dell'acquisto della proprietà, ma l'applicazione a questo caso ci sembra poco esatta; imperciocchè bisogna convenire, che il contratto, fondamento della tradizione, può più da vicino limitare o determinare il modo come la tradizione dovrebbe effettuarsi. La *iusta causa* è un elemento essenziale del trasferimento della proprietà, perciò questa può essere trasferita nella medesima guisa, come è stata determinata nel contratto, quando per contratto è stabilita. La stessa durata della proprietà può essere limitata dalla giusta causa, di maniera che quando nel contratto si è stabilito che la proprietà dell'acquirente dovrebbe durare per un tempo determinato, si ha che questi potrà essere proprietario fino a quel tempo determinato, cosicchè, giunto il momento, egli non è più proprietario, ed una retradizione nel significato giuridico

(n) L. 22. quando dies (36. 2). — V. *Thibaut*, Dissert. civili pag. 362. — *Savigny*, O. c. §. 120.

(o) *Giornale di Giessen*, II. pag. 1. ss. pag. 270. ss.

della parola in questo caso non solo non è necessaria, ma non è neppure possibile; poichè quello che non si ha, non si può trasferire agli altri. Quando si è riconosciuta la vera natura ed applicazione di questo principio, non si può non ammettere, e che qualunque disposizione presa sull'oggetto, cada da se stessa nel tempo determinato. Ora il contratto con condizione risolutiva determina e limita la proprietà dell'acquirente, e conseguentemente nell'istesso momento che la condizione si è avverata, cessa di esistere la sua proprietà con tutte le disposizioni prese sull'oggetto; ed in questo modo il *dominium revocabile ex tunc* corrisponde perfettamente alla natura delle giuridiche istituzioni. Non è mestieri prostrarre il ragionamento, quando vi sono una quantità di leggi in sostegno della comune opinione, che *Riesser* ha voluto arbitrariamente interpretare; in un passo di Ulpiano (p) alle parole: *rem pignori esse desinere*, egli vuol aggiungere: *rem pignori esse non desinere*, ed in un altro passo di Ulpiano contenente lo stesso principio (q), per salvare la sua teorica vuol vedere piuttosto una condizione sospensiva, che una risolutiva.

E non è meno arbitraria l'interpretazione del *Riesser* ad un altro frammento di Ulpiano ancor più chiaro de' precedenti. Il romano giurista così scrive: « *Si quis hac lege emerit, ut si alius meliorem conditionem attulerit, recedatur ab emtione, post allatam conditionem, iam non potest in rem actione uti. Sed si cui in diem addictus sit fundus, antequam adiectio sit facta, uti in rem actione potest, postea non poterit* (r).

Per questa legge adunque è stabilito chiaramente il principio, che appena si compie la condizione risolutiva, il compratore non potrà far uso della *rei vindictio* che prima gli era concessa, ossia immediatamente cessa in lui il diritto di proprietà. Ora il nostro giurista vuole che, per interpretare convenientemente questo passo, è mestieri supporre il caso, che lo stesso compratore abbia già perduto il possesso, e sia per conseguenza nello stato d'intentare l'azione rivendicatoria. Quando in questo stato di cose si avvera la condizione, ossia vien fatta al promettente una migliore offerta, questi per mezzo dell'*actio venditi* potrà obbligare il primo compratore alla cessione della *rei vindictio*; la quale cessione devesi nel nostro caso e negli altri simili supporre come di già avvenuta. Per la qual cosa in forza della cessione, e non per conseguenza della condizione risolutiva, vien negata da Ulpiano al compratore l'azione rivendicatoria. Quanto sia arbitraria una tale interpretazione non è chi non vegga, nascendo da una supposizione che la legge non ci permette di fare; nè si potrà mai comprendere come un'azione così importante, qual è la rivendicazione, sia ceduta o si supponga ceduta *ipso facto*; mentre la cessione di un interdetto di minima importanza (*interdictum de vi aut clam*) suppone necessariamente un *actio venditi* (s). Lo stesso si può dire di tutti gli altri passi che a questa teorica si riferiscono, interpretati dal *Riesser*: così in altre leggi (t), dove è detto che quando si è fatta una vendita secondo la legge commissoria, e al venditore non è stato pagato il prezzo in un tempo determinato, gli si concede la *rei vindictio*, il nostro giurista vuol vedere piuttosto una condizione sospensiva, mentre nella legge com-

(p) L. 4. §. 3. de in diem. add. (18. 2). — L. 3. quib. mod. pign. (20. 6).

(q) L. 3. quib. modis pign. (20. 6).

(r) L. 41. de rei vind. (61.).

(s) L. 11. §. 10. quod vi aut clam (43. 24). — L. 4. §. 4. de in diem. add. (18. 2).

(t) L. 8. de lege comm. (18. 3). — L. 4. C. de pact. int. emtor. et venditor. (4. 54).

missoria si presume sempre una condizione risolutiva, come attesta lo stesso Ulpiano nella legge 1. de leg. comm. (u).

Impossibile è ancora di accettare l'interpretazione dello stesso autore della L. 13. de pignor. act. (13. 7.); imperocchè questa legge suppone il caso, che un creditore pignoratario venda la cosa impegnata, e la venda a condizione che il debitore riprenda l'oggetto, quando avrà dato al compratore il prezzo della compra; ora in questo caso il debitore può intentare contro il compratore dell'oggetto impegnato la rivendicazione. L'interpretazione più logica di questo passo è, che il creditore pignoratario intraprende la vendita dell'oggetto impegnato in nome del debitore sotto una condizione risolutiva; mentre il *Riesser* nega che vi sia vendita dell'oggetto, ed opina che si debba giudicare come una cessione del pegno; il che è impossibile in quanto che in questo caso per far uso della *rei vindicatio* bisogna che il debitore presti non la obbligazione per cui sta il pegno, ma l'equivalente della compra.

L'errore del *Riesser* è venuto dal non aver distinti due casi tra loro differenti. E di vero quando si trasmette una cosa senza limitazione o condizione nella proprietà altrui, e si ha facoltà di prender l'oggetto in un tempo determinato, o in determinate circostanze, è chiaro che, venendo il tempo, o accadendo quella circostanza, il tradente avrà solamente diritto alla riconsegna della cosa; erroneo è certamente confondere questo caso con l'altro; quando, cioè, è limitato il tempo della tradizione, ossia quando nello stesso momento che si trasferisce l'obbietto si stabilisce che la proprietà dell'acquirente dovrà durare fino a tempo determinato; perocchè questa è una vera condizione risolutiva. Ora tutti gli argomenti di legge che il *Riesser* cita a conforto della sua opinione, si riferiscono tutti al primo caso (v). Più apparenza di ragione ha il nostro autore da cinque leggi (x), nelle quali si stabilisce, che fatta una vendita con la condizione della commissoria, o dell'*addictio in diem*, il venditore, avvenuta la condizione, può intentare l'*actio venditi* per avere i frutti raccolti dal compratore *pendente conditione*. Questo argomento non sta per nulla in opposizione del principio da noi stabilito; e per certo in queste leggi non si nega la *rei vindicatio* per conseguire l'oggetto principale; e quanto ai frutti poi il venditore non li potrà mai rivendicare, anche quando fossero *extantes*, per la ragione, che questi non furon mai nella sua proprietà.

Un altro argomento crede il *Riesser* di trovare nella L. 19. de usurp. (41. 3.), nella quale si domanda, quando un negozio è stato conchiuso sotto una condizione risolutiva, se il riacquirente può ascrivere a se il possesso del primo acquirente *pendente conditione*. Giavuleno crede di rispondere affermativamente e la sua ragione è la seguente: *quoniam eo genere retroacta venditio esset redhibitioni similis; in qua non dubito tempus eius qui redhibuerit, venditori accessurum, quoniam ea venditio proprie dici non potest*. Prima di tutto in questa argomentazione non si tratta del principio della perdita immediata del diritto di proprietà, nè che avverrandosi la condizione risolutiva, avvenga qualche cosa di più che non la semplice accessione di tempo, ossia la retradizione, il perchè Giavuleno mette da una parte una simile quistione; ma dalla medesima argomentazione ne segue che in rapporto

(u) Conf. L. 1 C. eod.

(v) L. 13. de cond. can. dal. (12. 4). — L. 2. de cond. ind. (12. 6.) — L. 12. de praes. ver. (19. 3.). — L. 3. C. de pact. (3. 34.).

(x) L. 4. pr. L. 5. de leg. com. (18. 3.). — Conf. L. 6. §. 1. de cont. emt. (18. 1.). — L. 4. §. 4. L. 16. de in diem add. (18. 2.).

all'accessione è messa analogia dell' *actio redhibitoria*, ma non perchè questa analogia debba valere in ogni rapporto, poichè qui devesi piuttosto ritenere un'argomentazione *a maiori ad minus*, in questo modo; quando nell'azione redibitoria ha luogo l'accessione, lo è anche quando si avvera una condizione risolutiva, poichè in entrambi i casi la proprietà dell'acquirente avviene *ipso facto*. Finalmente non è più felice l'argomentazione sulla Leg. 7. §. 3. del I. D. (23. 3.), poichè in questo caso non si tratta di una condizione risolutiva, ma di una *conditio ob causam datorum*.

§. 53.

B. Della determinazione del tempo.

Savigny, III. §. 125-127. — Mühlenbruch, Comment. XLI. pag. 53.

Un'altra parte accidentale di un negozio è la determinazione del tempo, e consiste nel fissare un giorno in cui devono o incominciare o aver termine gli effetti di un negozio civile. Su ciò bisogna considerare le regole seguenti:

1) La determinazione del tempo può riferirsi: a) o ad un punto fisso invariabile nella successione del tempo (un giorno delle calende) (a); b) o ad un fatto che dovrà seguire in un punto qualunque della successione medesima, p. e. il giorno dopo la mia morte; c) ovvero ad un avvenimento che dovrebbe accadere in un punto stabilito, ma non si sa se avverrà; d) o finalmente ad un fatto che può o no avvenire in un tempo qualunque.

O con altre parole il giorno può essere: assolutamente certo (*dies certus*), se si sa che deve venire e quando; relativamente certo (*dies incertus*), quando si sa che deve avvenire, ma s'ignora il quando (b); relativamente incerto, se si sa quando dovrebbe avvenire, ma s'ignora se avverrà: p. e. il giorno in cui un terzo compie l'età legale; e finalmente assolutamente incerto, se s'ignora se avverrà e quando (c). Ora di queste quattro combi-

(a) L. 44. §. 1. de O. et A. (44. 7.). *Paul.* Circa diem duplex inspectio est, nam vel ex die incipit obligatio, aut confertur in diem; ex die, veluti *kalendis Martiis dare spondes?* enus natura haec est, ut ante diem non exigatur; ad diem autem: *usque ad kalendas dare spondes?* Placet etiam ad tempus obligationem constitui non posse, non magis quam legatam; nam quod alieni deberi coepit, certis modis desinit deberi; placet post tempus stipulator vel pacti conventi, vel doli mali exceptione summoventi poterit. Sic et in tradendo, si quis dixerit se solum sine superficie tradere, nihil profeuit, quominus et superficies transeat quae natura solo cohaeret. — V. auc. §. 2. Inst. de V. O. (3. 13.). — L. 34. de hered. Inst. (28. 5.).

(b) L. 41. 46. pr. §. 1. 47. de V. O. (43. 1.). — L. 21. pr. quando dies. (36. 2.).

(c) L. 21. pr. 22. pr. l. c. (36. 2.). — L. 1. §. 1. de cond. et demonst. (35. 1.). — L. 1. §. 2. de coedit. et demonst. (35. 1.). *Pompon.* Dies autem incertus est, quum ita scribitur: *Aeres meus cum morietur, decem dato*; nam diem incertum mors habet eius, et ideo, si legatarius ante decesserit, ad heredem eius legatum non transit, quia non cessit dies vivo eo, quamvis certum fuerit moriturum heredem — V. auc. 73. ibid. §. 1. — L. 17. de cond. indeb. (12. 6.). — L. 12. §. 1. L. 77. §. 10. de legatis (31.).

nazioni le prime due valgono quali determinazioni di tempo, giacchè le altre due si confondono con le condizioni, e quindi sono sottoposte alle regole di queste (d). Una eccezione può farsi per la determinazione di tempo relativa ad un fatto, che si conosce quando, e s'ignora se avverrà, qualora la intenzione delle parti è, che si debba aspettare assolutamente quel punto determinato, in cui la circostanza deve accadere (e).

La vera determinazione del tempo è adunque la prima e la seconda combinazione, chiamandosi *dies certus*, il giorno delle calende, *dies incertus* la determinazione ch'è relativa ad un avvenimento di cui s'ignora solamente il quando.

2) La determinazione del tempo similmente come le condizioni può riguardare o il principio o la fine dell'atto stesso; nel primo caso dicesi *dies a quo, in diem, ex die* (f), nel secondo *dies ad quem, ad diem* (g).

Il primo termine dinota il giorno, in cui un negozio civile comincerà ad avere i suoi effetti, il secondo quello, in cui l'affare giuridico terminerà di avere efficacia.

3) Non si voglia per tanto confondere la determinazione del tempo con la condizione; la differenza sta nella diversa natura di questi due elementi accidentali di un negozio civile; imperocchè la condizione riguarda un avvenimento futuro, ma essenzialmente incerto, la determinazione del tempo un fatto essenzialmente certo o un giorno delle calende. Quantunque poi il tempo riguardasse il principio o la fine dell'atto, e si assomigliasse alla condizione sospensiva e alla risolutiva; pure è da considerare, che la determinazione del tempo non riguarda la esistenza o non esistenza della relazione giuridica come la condizione, ma solamente gli effetti della medesima, restando intatta in ogni caso la validità dell'atto intrapreso (h).

(d) L. 56. conf. L. 16. 18. de cond. indeb. (12. 6). — L. 21. pr. L. 22. pr. cit. (36. 2).

(e) L. 5. C. quando dies (6. 53). — L. 46. ad SC. Trebelli (36. 1).

(f) L. 56. de cond. indeb. (12. 6). — L. 34. de hered. inst. (28. 5). — L. 43. de O. et A. (44. 7). — §. 2. Inst. de V. O. (3. 15). — L. 8. 10. 46. de V. O. (43. 1). 213. pr. de V. S. (50. 16). *Ulp.* Cedere diem significat, incipere deberi pecuniam; venire diem significat, eum diem venisse, quo pecunia peti possit. Ubi pure quis stipulatus fuerit, et cessit, et venit dies; ubi in diem, cessit dies, sed nondum venit; ubi sub conditione, neque cessit, neque venit dies pendente adhuc conditione. — L. 16. pr. de hered. pet. (5. 3). — L. 43. §. 1. de iur. dot. (23. 3). — L. 22. de cond. inst. (28. 7). — L. 27. qui et a quib. (40. 9). — L. 22. de O. et A. (44. 7).

(g) L. 34. de her. inst. (28. 5). — L. 44. §. 1. de O. et A. (44. 7).

(h) §. 2. 4. Inst. de V. O. 3. 15). . . . In diem, quam adiecto die, quo pecunia solvatur, stipulatio fit, velint: *decem aureos primis Kalendis Martiis dare spondes?* id autem, quod in diem stipulamur, statim quidem debetur, sed peti prius, quam dies veniat, non potest. — L. 46. pr. de V. O. (43. 1). *Paul.* Centesimis Kalendis dari utiliter stipulamur, quia praesens obligatio est, in diem autem dilata solutio. — L. 2. C. de don. sub. mod. (8. 55). — L. 5. de nov. (46. 2).

Non ad ogni specie di negozio giuridico può essere aggiunta una determinazione di tempo; vi sono atti che restano viziati da un tal termine apposto, atti ne quali ogni determinazione di tempo è considerata come non messa, o ritenuta come una condizione, il che sarà manifesto a suo luogo (i).

§. 54.

C. Del modo.

T. C. de his, quae sub modo legata vel fideicomm. relinq. (6. 33). — Savigny, III. §. 128. 129.

Nelle donazioni e nelle disposizioni di ultima volontà occorre un altro elemento accidentale, per mezzo del quale s'ingiunge a colui che riceve vantaggio di adoperare l'obbietto ricevuto, od il suo equivalente in tutto o in parte per uno scopo determinato; o di dare qualche cosa (a) senza che vi sia una obbligazione dell'altra parte: ciò è detto da' Romani *modus*.

2) Il modo non mette in forse come la condizione l'acquisto di un legato, o di una donazione, ma fa nascere in colui che riceve il beneficio l'obbligazione di adempiere l'incarico impostogli (b).

3) Qui torna acconcio di far rilevare la differenza che passa tra condizione e modo; la condizione sospensiva o risolutiva tiene all'esistenza della stessa relazione giuridica; poichè nell'un caso è incerto se verrà alla esistenza, nell'altro è dubbio se continuerà ad esistere; mentre di un negozio giuridico *sub modo* la esistenza è certa, e gli effetti seguono immediatamente, se non che evvi l'obbligazione di adempiere il modo: per la condizione bisogna attendere che l'avvenimento si avveri, affinchè l'interessato potesse far uso del suo diritto, dove nel modo ciò si potrà, prima

(i) L. 77. de R. 1. (50. 17). *Papin.* Actus legitimi, qui non recipiant diem, vel conditionem, veluti emancipatio, acceptilatio, hereditatis aditio, servi optio, datio tutoris, in totum vitiantur per temporis vel conditionis adiectionem. — L. 34. de her. inst. (28. 3). *Papin.* Hereditas ex die, vel ad diem non recte datur, sed vitio temporis sublato manet institutio. — §. 9. Inst. de hered. inst. (2. 14).

(a) L. 17. §. 4. de condition. et demonstr. (35. 1). *Gaius.* Quodsi cui in hoc legatum sit, ut ex eo aliquid faceret, veluti monumentum testatori, vel opus, aut epulum municipibus faceret, vel ex eo ut partem alii resisteret, sub modo legatum videtur. — L. §. 2. de manumiss. test. (40. 4).

(b) L. 80. de cond. et demonstr. (35. 4). — L. 9. C. de donat. (8. 34). *Dioclet. et Maxim.* Legem, quam rebus tuis donando dixisti, sive stipulatione tibi prospexisti, ex stipulatu, sive non, incerto iudicio, id est praescriptis verbis, apud praesidem provinciae debes agere, ut hanc impleri provideat.

che vi si adempisse, per via di cauzione (c); così ancora, se la condizione sospensiva non si avvera, o si avvera la risolutiva, l'atto è considerato come mai fosse esistito; quandochè l'inadempimento del modo non annulla l'atto, ma obbliga ad eseguire la volontà del testatore: e, se è impossibile, o il subbietto trova impedimento nell'adempire al modo, esso è considerato come adempiuto (d).

4) Quantunque il modo faccia sorgere una obbligazione, pure non si dà in diritto azione alcuna per costringere il beneficiato ad adempierlo, e la ragione è che non vi ha persona la quale abbia diritto di credito, e in alcune istituzioni l'azione per l'adempimento del modo è impossibile; e di vero in una istituzione di erede *sub modo*, non avvi altra persona interessata alla esecuzione del medesimo, ed in questo caso l'autorità giudiziaria potrà solamente costringere l'unico erede o con straordinarii mezzi coercitivi, o col rifiutare l'azione di eredità proposta dallo stesso erede. Se sono molti eredi, allora un coerede con la stessa *actio familiae erciscundae* potrà costringere all'adempimento colui, a cui fu imposto il modo.

Una vera forma di obbligazione prende il modo, quando è imposto ad un legatario, in quanto che l'erede prende il posto del defunto, e costringe il legatario all'adempimento, negandogli il legato per mezzo dell'*exceptio doli*, o può essere costretto dall'autorità stessa (e). Finalmente quando il modo è aggiunto ad una donazione, indipendentemente da molti casi speciali, che saranno considerati a suo luogo, lo stesso donante può costringere il donatario per mezzo della *condictio ob causam datorum*, ovvero anche un terzo, che ne può essere interessato, con una *utilis actio* (f).

(c) L. 40. §. 5. L. 71. pr. §. 1. 2. L. 80. de cond. et demonst. (35. 1). — L. 19. de legatis 32). *Valent.* Si tibi legatum est vel fideicommissum relictum, nti quid facias, etiam si non interest heredis id fieri, negandam tibi actionem, si non caveas heredi futurum, quod defunctus voluit; Nerva et Attilianus recte putaverunt.

(d) L. 37. de cond. et demonst. — L. 7. de annis legat. (33. 1.). — L. 8. §. 6. 7. de condit. inst. (28. 7.). *Ulp.* Idem est, et si ita heres institutus esset quis: *Titius heres esto, ita ut Stichum manumittat*, ant: *Titio centum ita lego, ut Stichum manumittat*; nam mortuo Sticho nemo dicet, summovendum eum; non videtur enim defectus conditione, si parere conditioni non possit, implenda est enim voluntas, si potest.

(e) L. 40. §. 5. — L. 71. pr. §. 1. 2. — L. 80. de cond. et demonst. (35. 1.). — L. 48. de fid. lib. (40. 5.). *Iul.* Quum in testamento scriptum est; *Stichum Titio lego, vel: heres meus dato ita, ut cum Titius manumittat*, dixi, petenti legatario Sticho exceptionem doli mali obstituram, nisi caverit, se libertatem secundum voluntatem defuncti praestiturum. — L. 21. §. 3. de ann. leg. (33. 1.). — L. 17. de usa leg. (33. 2.). — L. 25. C. de legatis (6. 37.).

(f) L. 3. 8. C. de cond. ob causam (4. 6.). *Valerian. et Gallien.* Ea lege in vos collata donatio, ut neutri alienandae suae portionis facultas ulla competeret, id efficit, ne alteruter eorum dominium prorsus alienaret, vel ut donatori vel eius heredi condictio, si non fuerit condictio servata, quaeratur. — L. 3. C. de don. quae sub modo (8. 53.).

§. 55.

III. Nullità de' negozi civili.

Savigny, IV. §. 202. 203.

1) Quel negozio civile al quale mancano i requisiti essenziali è nullo, ossia esso ha solamente apparenza, ma non esiste giuridicamente.

2) Quel negozio civile il quale esiste per sè stesso, ma che pei suoi effetti può essere attaccato come nullo per mezzo di un'azione giudiziaria, di una eccezione, o della restituzione per intero, chiamasi rescindibile, ed è reso nullo in quanto ai suoi effetti da una sentenza.

3) La differenza che esiste tra queste due specie di nullità è rilevante; imperciocchè nel primo caso propriamente parlando non esiste negozio civile, si nega adunque la sua esistenza; mentre nel secondo caso il negozio esiste, ma i suoi effetti sono contrastati da un altro diritto; il quale avendo esistenza indipendente, dal momento che per un'altra circostanza si estingue, come per prescrizione, rinunzia, ecc., rimane il negozio già rescindibile nella sua intera validità.

4) La nullità può seguire da un avvenimento indipendente dall'umano arbitrio, come quando una condizione sospensiva è deficiente, o si avvera una condizione risolutiva: similmente motivi dipendenti dalla umana volontà ponno operare la rescissione; dappoichè una eccezione, un'azione o altro mezzo giudiziale ed estragiudiziale rende invalido un negozio civile, quando altri si determini a combatterlo con questi mezzi.

5) Il motivo di nullità può essere già inerente al negozio civile, ossia fin dal principio della sua esistenza; ovvero può avvenire posteriormente, e questo vale tanto per la nullità propriamente detta, quanto per la rescissione. Così p. e. un testamento che manca delle formole richieste, o che dimentica un suo, oppure fatto da un imputere sarà nullo fin dal suo nascere; ma quando addivene nullo per la nascita di un postumo, esso è dal suo principio valido, ed è addivenuto nullo per questa circostanza posteriore. Dall'altra parte quando si è fatto un atto giuridico sotto la influenza di una minaccia, esso è rescindibile fin dal principio; mentre quante volte un' obbligazione è resa di nessun momento da una eccezione di prescrizione, o da una sentenza giudiziaria, il motivo non è nell'atto stesso, ma vien di poi.

6) Quando il motivo di nullità non riguarda propriamente la essenza del negozio civile, ma piuttosto qualche parte accessoria del medesimo,

allora si annullerà la parte viziosa solamente, ma intatto resterà l'atto principale: *Utile per inutile non vitiatur* (a).

Un negozio civile il quale, valido dal principio, fu reso invalido da una circostanza, se questa sparisce, riprende novellamente la sua antica validità in modo come se non vi fosse contro ostacolo di sorta; questo novello cambiamento del negozio civile appellasi *convalescenza*, sulla quale è da notare:

1) Quanto alla nullità i Romani si sono espressi in generale contrarii a questa massima (b), specialmente nei testamenti e ne' legati per mezzo della regola Catoniana, la quale non è se non la ripetizione della massima generale: *quod initio vitiosum est, etc.* (c).

2) Ciò non ostante vi sono casi in cui la *convalescenza* dell'atto nullo è riconosciuta, ed a questo proposito è difficile stabilire una regola generale; ma è d'uopo decidere secondo i casi particolari: p. e. quando un non proprietario vende una cosa, ma più tardi addiviene proprietario, si convalida la vendita senza bisogno di novella tradizione (d).

In rapporto poi ai negozi rescindibili la *convalescenza* ha sempre forza, poichè in questo caso l'ostacolo che può rendere inefficace un affare giuridico consiste nel diritto di un terzo, che a sua volta può essere anche nullo, e può venir meno.

3) Finalmente non dovesi confondere la *convalescenza* con la *conversione*, che avviene quando un fatto giuridico nullo per forma o per vizio di parte essenziale, si cambia di forma o si spoglia del vizio: il che vuol dire che il negozio civile riceve un'altra forma ed acquista un altro carattere: e se in quest'ultima forma l'atto è valido, non è dal momento della conclusione dell'atto medesimo, come nella *convalescenza*; ma dal punto che prese la novella forma. Un caso di conversione è il mantenere un testamento per mezzo della clausola condicillare (e).

(a) L. 11. §. 1. de pecun. const. (13. 5.). — L. 9. de usuris (22. 1.). — L. 1. §. 5. de V. O. (45. 1.). Ulp. Sed si mihi Pamphilum stipulanti tu Pamphilum et Stichum spoponderis, Stichus adlectionem pro supervacuo habendam puto; nam si tot sunt stipulationes, quot corpora, duae sunt quodammodo stipulationes, una utilis, alia inutilis; neque vitiatur utilis per hanc inutilem.

(b) L. 29. eod. Paul. Quod initio vitiosum est, non potest tractu temporis convalescere.

(c) L. 201. de R. I. (30. 17.). — L. 1. pr. de reg. Caton. (34. 7.).

(d) L. 42. de usurp. (41. 3.).

(e) L. 1. de iure codic. (29. 7.). — L. 8. C. de codicill. (6. 36.). — L. 8. pr. de accept. (46. 4.).

§. 56.

IV. Della interpretazione dei negozi civili.

La volontà che si è determinata in un affare giuridico può lasciar campo al dubbio ed all' ambiguità, onde non appare la vera intenzione delle parti (a).

È quindi mestieri cercare la vera idea delle parti per mezzo della interpretazione. Anche qui possiamo avere l' interpretazione autentica e la dottrinale, secondochè l' interpretazione è fatta da quell' individuo che fece l'atto, o vvero da un terzo.

Le regole di questa interpretazione sono quasi le medesime di quelle applicate per la interpretazione delle leggi: con alcuna differenza nascente dal carattere e dalla natura de' negozi giuridici; e particolarmente:

1) Quando le parole sono per sè chiare non si dà luogo ad interpretazione (b).

2) Quando le parole sono per sè ambigue, come nell' interpretazione delle leggi, debbonsi primieramente spiegare grammaticalmente le parole, che esprimono la volontà, avendo riguardo naturalmente all' intenzione delle parti e all' uso della lingua (c).

3) Se dopo tale prova rimane ancora ambiguità, si deve allora accettare quel significato secondo cui il negozio esiste, o che risponde alla sua forma e al suo carattere (d).

4) Così ancora nel dubbio bisogna accettare la più mite opinione, ed

(a) L. 96. de R. I. (50. 17). *Marcian.* In ambiguis orationibus maxime sententia spectanda est eius, qui eas protulisset. — L. 219. de V. S. (50. 16). — L. 3. de reb. dub. (34. 5.). *Paul.* In ambiguo sermone non utrumque dicimus, sed id duntaxat, quod volumus; itaque qui aliud dicit, quam vult, neque id dicit, quod vox significat, quia non vult, neque id, quod vult, quia id non loquitur. — L. 7. §. 2. de supell. legat. (33. 10.). — L. 3. C. de liber. praet. (6. 28.). — L. 21. §. 1. qui testam. fac. (28. 1.). — L. 12. de transact. (2. 15.). — L. 9. pr. de hered. inst. (28. 5.).

(b) L. 23. §. 1. de legatis (32). *Paul.* Cum in verbis nulla ambiguitas, non debet admitti voluntatis quaestio. — V. L. 3. C. de liber. praet. (6. 28.).

(c) L. 65. §. 7. *Marc.* Oribus legatis agni non continentur; quamdiu autem agnorum loco sunt, ex usu cuiusque loci sumendum est, nam in quibusdam locis ovium numero esse videtur, quum ad tonsuram venerint. — L. 69. princ. eodem. de legatis (32). — L. 34. de R. I. — L. 18. §. 3. de inst. leg. (33. 7.).

(d) L. 12. de reb. dub. (34. 5.). *Julian.* Quoties in actionibus aut in exceptionibus ambigua oratio est, commodissimum est, id accipi, quo res, de qua agitur, magis valeat quam pereat. — L. 66. de ind. (5. 1.). *Ulp.* Si quis intentione ambigua, vel oratione usus sit, id, quod utilius ei est, accipiendum est. — L. 80. de V. O. (45. 1.). — L. 67. de R. I.

in ispecial modo nelle obbligazioni unilaterali è mestieri preferire quella opinione secondo cui quegli che si obbliga è meno aggravato (e).

5) Nei negozi civili bilaterali in caso di dubbio si presume contro colui il quale stipulava l'atto, e che poteva esprimersi più chiaramente (f).

6) Finalmente vi sono alcuni fatti sempre favoriti (*causae favorabiles*), e per conseguenza devesi interpretare sempre in loro favore; queste cause sono la libertà, la dote, e le dichiarazioni di ultima volontà (g).

7) Come l'interpretazione più o meno larga di un negozio civile può portare alcun pregiudizio, così son dati a colui, che si crede pregiudicato dalla interpretazione di un atto, dei mezzi, come la protesta e la riserva, diretti contro un possibile pregiudizio; senza che si possa con ciò mettere valido ostacolo alle conseguenze indipendenti dalla volontà di colui che agisce, e senza che possa menomare il diritto di un altro.

SEZIONE III.

FATTI ILLECITI.

§. 57.

I. Idea de' fatti illeciti.

1) Il fatto illecito è quello che direttamente o indirettamente viola la legge. Ma affinchè possa dirsi tale, è mestieri che l'azione da cui origina abbia due requisiti, obbiettivo e subbiettivo. Affinchè avesse luogo una obbiettiva illegalità, conviene che il fatto sia già determinato ossia prodotto da volontà già dichiarata, e che abbia già violata la legge; un tentativo in diritto privato non costituisce violazione di legge. Perchè vi fosse il secondo elemento, fa d'uopo che l'azione illegale sia imputabile a determinata persona; quando invece vi esiste un fatto illecito, ma si rileva che colui il quale lo produsse non ebbe intenzione di violar la legge, non è impu-

(e) L. 9. de R. l. *Ulp.* Semper in obscuris, quod minimum est, sequimur. — L. 36. de R. l. — L. 34. eod.

(f) L. 39. de pectis (2. 44). *Papinian.* Veteribus placet, pactionem obscuram venditor; et qui locavit, nocere, in quorum finit potestate legem apertius conscribere. — L. 21. 33. de contrah. emt. (18. 1.). — L. 38. §. 18. de V. O. (45. 1.). *Ulp.* In stipulationibus quam quaeritur, quid actum sit, verba contra stipulatorem interpretanda sunt. — L. 172. pr. de R. l.

(g) L. 85. pr. de R. l. In ambiguis pro dotibus respondere melius est. — L. 179. eod. *Paul.* In obscura voluntate manumittentis favendum est libertati. — L. 24. de reb. dub. *Marcell.* Quom in testamento ambigae aui etiam perperam scriptum est, benigne interpretari, et secundum id, quod credibile est cogitatum, credendum est. — V. anc. L. 12. de R. l.

tabile, perchè l'azione non è effetto di libera determinazione della volontà. Sol quando in un fatto coincidono questi due elementi, esso è illecito nel senso proprio e produce effetti giuridici.

2) Quando un tal fatto esiste, consegue in rapporto al diritto privato:

a) Che un'azione vietata non potrà mai migliorare la condizione dell'attore (a).

b) Che il fatto illecito può portare con sè la conseguenza che il delinquente sia obbligato al risarcimento de' danni; altra conseguenza più dura consistente nella pena privata, ossia in ciò che l'autore del fatto debba dare a colui il quale fu pregiudicato dalla sua azione più di quello che gli deve; sicchè in fine si opera un vero cambiamento di patrimonio, scemandosi quello dell'autore del fatto vietato, ed accrescendosi quello del danneggiato.

§. 58.

II. Della colpa.

Donell. Comm. iur. civil. l. XVI. c. 7. — Hasse, La colpa in diritto, Kiel 1815. — Elvers, Doctr. iur. civ. rom. de culpa prima lineamenta, Gött. 1822.

La colpa consiste in quel movimento della umana volontà, per mezzo del quale una persona si manifesta autore di una illegalità (a).

1) La colpa può consistere tanto in un'azione (*culpa in faciendo*), quanto in una omissione (*culpa in non faciendo*) (b) nelle seguenti forme; il fatto può esser prodotto con piena risoluzione, può commettersi sia che scientemente si compie un'azione, sia che scientemente si omette; in questi casi vi è sempre l'intenzione di contraddire alla legge, ed i Romani l'appellavano *dolus, dolus malus* (c). Un'azione al contrario che si

(a) L. 134. §. 1. de R. l. (50. 17.). *Ulp.* Nemo ex suo debito meliorem suam conditionem facere potest.

(a) L. 5. §. 1. *Ulp.* In iuriarum autem hic accipere nos oportet, non quemadmodum circa iniuriarum actionem contumeliam quandam, sed quod non iure factum est, hoc est contra ius, id est, si culpa quis occiderit, et ideo interdum utraque ratio concurrit, et legis Aquiliae, et iniuriarum; sed duae erunt aestimationes, alia damni, alia contumeliae. — L. 9. §. 4. — L. 10. ad L. Aq. (9. 2.). — L. 3. depos. (16. 3.). — L. 9. §. 3. de minor. (4. 4.).

(b) L. 91. pr. de V. O. (45. 1.). — L. 1. pr. de tut. et rat. distrah. (27. 3.).

(c) L. 1. §. 2. de dolo malo (4. 3.). *Ulp.* Dolum malum Servius quidem ita definiit, machinationem quandam alterius decipiendi causa, quum aliud simulatur, et aliud agitur. — L. 15. §. 1. de iud. (5. 1.). *Ulp.* Iudex tunc litem suam facere intelligitur, quum dolo malo in fraudem legis sententiam dixerit. Dolo malo autem videtur hoc facere, si evidens arguatur eius vel gratia, vel inimicitia, vel etiam sordes, ut veram aestimationem litis praestare cogatur. — L. 1. §. 47. — L. 13. depos. (16. 3.). — L. 61. §. 5. de furt. (47. 2.). — L. 3. §. 6. de hom. lib. exh. (43. 29.).

rappresenta come illegale, può essere effetto non di un animo deliberato, ma di mancanza di diligenza, o di risolutezza in colui, che la commette, ed allora si ha la colpa nel più stretto significato della parola (d). In mezzo a questi due estremi avvi un punto medio, ed è quel movimento dell'umana volontà, al quale non manca la intenzione alquanto manifesta, o la coscienza del male operare, ma il cui prossimo motivo non ha nulla di illegale, e perciò la volontà non è propriamente diretta a violare la legge, colpa prossima al dolo (e).

2) Quando la volontà è diretta alla violazione della legge, appellasi l'azione più propriamente delitto, il quale necessariamente suppone il dolo (f).

3) Comunemente la colpa si distingue in *aquilia* ed *extraquilia*, per la prima si è obbligato al risarcimento del danno, ancorchè l'azione sia fatta per inavvedutezza, come ciò segue massimamente quando si produce un danno nell'altrui proprietà (g). La colpa *extraquilia* d'altra parte consiste quando non si dà ciò, che ad un altro si deve in qualità di debitore. Da ciò risulta che la colpa *aquilia* consiste sempre in *faciendo* e produce obbligazione, l'altra può consistere tanto in *faciendo*, quanto in non *faciendo*, e suppone già una obbligazione; colpa appellata da' Romani *diligentia*.

§. 59.

A. Gradi della colpa.

I gradi della colpa possono essere considerati nel seguente ordine.

1) In primo luogo è da considerare il *dolo*, che non ha gradazione di sorta (§. 58.): perciò si è sempre responsabile, quando la intenzione di portare una violazione è manifesta, o si suppone che vi sia in determinate circostanze; così il giudice, il quale manca al suo ufficio col rendere p. e. una sentenza ingiusta, è sempre in dolo.

2) La colpa che entra nel dominio della legge *Aquilia* non va soggetta neppure a gradazioni; la stessa obbligazione che nasce dal danno com-

(d) L. 61. §. 5. de furtis (47. 2.).

(e) L. 7. depos. (16. 3.). — L. 8. §. 10. mand. (17. 1.). — L. 7. §. 7. de dolo (1. 3.).

(f) L. 50. §. 2. de furt. (47. 2.). *Ulp.* Recte Pedius ait, sicut nemo furtum facit siue dolo malo, ita nec consilium, vel opem ferre siue dolo malo posse. — L. 2. pr. 4. pr. vi hoc. rapt. (47. 8.). — L. 3. §. 2. de iour. (47. 10.) conf. — L. 12. 14. de adult. (48. 5.). — L. 16. ad L. Corn. de sicar. (48. 8.).

(g) L. 44. ad Leg. Aqu. (9. 2.). *Ulp.* In lege Aquilia et levissima culpa venit.

messo con più o meno intenzione di produrlo, nasce ancora da una semplice inavvedutezza (a).

3) Nella *colpa* nello stretto significato della parola si ha qualche gradazione: il fondamento della seguente distinzione è, che colui il quale sta in una relazione di obbligazione ha interesse di prestare una certa premura e diligenza, e che la negligenza, sia che si manifesta con una azione positiva, sia con una negativa, apparisce come una colpa: dalla più o meno diligenza o negligenza che altri presta in simile affare nascono le gradazioni della colpa. Per la qual cosa nella colpa bisogna che si distingua *culpa lata* dalla *culpa levis*; la colpa lata o la somma negligenza si ha, quando per estrema non curanza s'è ignorato quello che tutti sanno (b). La colpa lieve, *levis culpa*, quando si richiede la diligenza di un diligente padre di famiglia (c).

4) In alcuni negozi civili si può essere obbligato per dolo e colpa lata, ovvero per ogni colpa; in questo caso vi ha una modificazione nei testi; imperocchè l'imputato può validamente scusarsi col provare che in simile circostanza non poteva far di meglio, e che nelle sue cose non si consiglia altrimenti (*diligentia in suis rebus*), detta ancora *diligentia in concreto* (d); in opposizione alla diligenza in *abstracto* o la colpa senza questa mite modificazione.

ANNOTAZIONI

(1) Si è distinta altra volta la colpa in tre gradazioni, due gradi estremi ed uno medio; i primi sarebbero stati la *culpa lata*, e la *culpa levissima*, il termine medio la *culpa levis*; si credeva fermamente che la triplice ripartizione fosse dichiarata nei testi in questa guisa: quando un subbietto di diritto non ha nessun vantaggio da un negozio giuridico, deve rispondere solamente per *culpa lata*; al contrario

(a) §. 3. Inst. de Leg. Aqu. (4. 3.). — Ac ne is quidem hac lege tenetur, qui casu occidit, si modo culpa eius nulla inveniat; nam alioquin non minus quam ex dolo, ex culpa quisque hac lege tenetur.

(b) 223. de V. S. (50. 16.). Paul. Latæ culpæ finis est non intelligere, quod omnes intelligunt. V. anc. — L. 113. §. 2. eod. — L. 7. C. arb. tut. (5. 51.).

(c) L. 13. §. 1. — L. 14. de pign. act. (13. 7.). Paul. Ea igitur, quæ diligens paterfamilias in suis rebus præstare solet, a creditore exiguntur. — L. 137. §. 2. 3. de V. O. (45. 1.). — L. 34. ad leg. Aquil. (9. 2.). — §. 4. Inst. quib. mod. re cont. (3. 14.). — L. 23. §. 7. locati (19. 2.). — L. 22. §. 3. ad SC. Treb. (36. 1.). — L. 20. C. de neg. gestis (2. 19.). — L. 47. §. 5. de legalis (30.).

(d) L. 72. pro socio (17. 2.). — L. 17. de iure dot. (23. 3.). — L. 1. pr. de tut. et rat. distrah. (27. 3.). Ulp. In omnibus, quæ fecit tutor, quum facere non deberet, item in his, quæ non fecit, rationem reddet hoc iudicio, præstando dolum, culpam, et quantam in rebus suis diligentiam. — L. 32. depos. (16. 3.). — L. 22. §. 3. SC. Trebell. (36. 1.).

(e) Donell, XVI. c. 7.

quando guadagna egli solamente, deve rispondere di *culpa levissima*; e se inoltre entrambi i contraenti ognuno da sua parte han qualche vantaggio, allora entrambi saranno responsabili di *culpa levis*. Donello per il primo stabiliva una teoria contraria e propriamente una duplice distinzione (e); ma la sua opinione non fu accettata; quando in sul principio del presente secolo il Thibaut specialmente difese la duplice distinzione di Donello, sicchè la *culpa levissima* viene ignorata da molti scrittori. Quando sia fondata la divisione degli antichi, si può rilevare quando a dentro consideriamo il carattere essenziale della colpa, unitamente alla natura delle relazioni giuridiche. E di vero corrisponde poco o nulla al carattere del diritto l'ammettere, che solamente nel caso, in cui si ha tutto il guadagno da un negozio giuridico si dovrebbe prestare la *culpa levissima*; poichè se ciò fosse vero lo stesso principio dovrebbe accettarsi in tutti quei negozi civili che sono stati conchiusi nel nostro interesse, o in quello di un contraente.

Gli argomenti di coloro che sostengono la contraria opinione sono:

1) La legge 13. §. 1. *de pign. act.* (13. 7.), e specialmente si fondano sulle parole: « Venit autem in hac actione et dolus et culpa, ut in commodato, venit et custodia, vis maior non venit » — e la legge 19. *C. de pign.* (8. 14.), nella quale si rammenta la *custodia* oltre al dolo e alla colpa; ma la *custodia* non è per sè una gradazione della colpa, ma una specie della diligenza.

2) Più apparenza di verità ha l'argomento tratto dalla legge 5. §. 2. *Commodati* (13. 6.), nella quale Ulpiano così si esprime: « Nunc videndum est, quid veriat in commodati actione, utrum dolus, an et culpa, an vero et omne periculum? Et qui dem in contractibus interdum dolum solum, interdum et culpam praestamus; dolum in deposito, nam quia nulla utilitas eius versatur, apud quem deponitur, merito dolus praestatur solus, nisi forte et merces accessit, (tunc enim, ut est et constitutum etiam culpa exhibetur), aut si hoc ab initio convenit, ut et culpam et periculum praestet is, penes quem deponitur. Sed ubi utriusque utilitas vertitur, ut in emto, ut in locato, ut in dote, ut in pignore, ut in societate, et dolus et culpa praestatur. Commodatum autem plerumque solam utilitatem continet eius, cui commodatur; et ideo verior est Q. Mucii sententia existimantis, et culpam praestandam et diligentiam. » Ora dal perchè in queste ultime parole oltre alla colpa si rammenta anche la diligenza, non significa che deve prestarsi la diligenza in un grado ideale (*levissima*), ma la così detta diligenza in *abstracto*; come ancora lo stesso viene inteso nelle parole: *his quidem et diligentiam*, ecc. della legge 23. de R. I.; e nella legge 47. §. 5. *de legatis*, *diligentia* è la medesima, ossia la così detta diligenza in *abstracto*. D'altronde quella distinzione non solo è mal fondata, in quanto vi sono altre leggi le quali espressamente ci avvisano del contrario (f); ma contrasta altresì allo spirito del sistema; così p. e. spese fiate nelle obbligazioni, nelle quali secondo quella scuola si chiederebbe solamente una *culpa levis*, si chiede *omnis diligentia* ossia la *culpa levissima* di quella teoria (g); molti affari giuridici poi, che secondo

(f) V. oltre alle leggi citate nella nota e. le L. 17. §. 2. *de praes. ver.* (19. 5.). — 108. §. 12. *de legatis* (30). — L. 10. §. 1. *commodati* (13. 6.).

(g) L. 36. *de act. emt.* (19. 1.). — §. 5. *Inst. de locat. et conduct.* (3. 24.). *Conductor omnia secundum legem conductionis facere debet, et, si quid in lege praetermissum fuerit, id ex bono et aequo debet praestare. Qui pro usu aut vestimentorum aut argenti, aut lumenti mercedem aut dedit, aut promisit, ab eo custodia talis desideratur, qualem diligentissimus paterfamilias*

quella teorica sono messi sotto due categorie differenti, sono nei fonti posti sotto la medesima regola; così p. e. la locazione e il comodato (h); e ancora in molti casi, in cui i sostenitori della contraria opinione vorrebbero una *culpa levissima*, le leggi rammentano allo stesso proposito solamente la colpa o la *diligentia diligentis patrisfamilias*.

Da ultimo nella medesima legge Aquilia, in cui solamente trovasi un frammento che parla della *culpa levissima* (i), si evita il significato troppo ampio del medesimo con la legge 31, poichè è detto: *quum a diligente provideri potuerit, non est provvisum* (k).

§. 60.

B. Regole in rapporto alla prestazione della colpa.

Sulla prestazione della colpa abbiamo le seguenti regole:

1) Del dolo si risponde sempre: la convenzione aggiunta ad un negozio civile, per mezzo della quale un contraente se ne esenta, è per se stessa nulla, ed è considerata contraria ai buoni costumi (a).

2) Come pel dolo così per la colpa lata si è responsabile in tutti i negozi civili, ed anzi non rare volte la colpa lata è equiparata al dolo (b).

3) Quel contraente, nel cui interesse un' obbligazione è stata contratta, è obbligato a prestare ogni specie di colpa; mentre chi fa un atto in favore di un altro deve prestare solamente la colpa lata (c). Questa regola ha qualche eccezione:

a) Si è responsabile di dolo e di colpa lata in quei casi ne' quali se-

snis rebus adhibet; quam si praestiterit et aliquo casu rem amiserit, de restituenda ea non tenetur. — L. 25. §. 7. locati (19. 2.).

(b) L. 5. §. 15. commod. (13. 6.).

(i) L. 44. pr. ad leg. Aq. (9. 2.).

(k) Ved. Puchta, Pand. §. 267. — Mühlentburch, Comp. 11. 134.

(a) L. 27. §. 3. de pactis (2. 14.). — L. 1. §. 7. deposit. (16. 3.). *Ulp.* Illud non probabis, dolum non esse praestandum, si convenerit; nam haec conventio contra bonam fidem, contraque bonos mores est, et ideo nec sequenda est.

(b) L. 1. §. 5. de O. et A. (44. 7.). — L. 226. de V. S. (50. 16.). *Paul.* Magna negligentia culpa est; magna culpa dolum est.

(c) L. 23. de R. I. (50. 17.). — L. 5. §. 2. eomod. (13. 6.). *Ulp.* Nunc videndum est, quid veniat in commodati actione, utrum dolum, an et culpam, an vero et omne periculum? Et quidem in contractibus interdum et dolum solum, interdum et culpam praestamus; dolum in deposito, nam quia nulla utilitas eius versatur, apud quem deponitur, merito dolum praestatur solus, nisi forte et merces accesserit — tunc enim, ut est et constitutum, — etiam culpa exhibetur, aut si hoc ab initio convenerit, ut et culpam, et periculum praestet is, penes quem deponitur. Sed ubi utriusque utilitas vertitur, ut in emto, ut in locato, ut in dote, ut in pignore, ut in societate, et dolum, et culpa praestatur. Commodatum autem plerumque solum utilitatem continet eius, cui commodatur; et ideo verior est Q. Mucii sententia existimantis et culpam praestandum, et diligentiam. — L. 10. §. 1. — L. 12. pr. eod. — L. 17. §. 2. de praes. verb. (19. 5.). — L. 108. §. 12. de legatis (30).

condo la regola generale si dovrebbe essere tenuto per ogni colpa; come nel precario, il quale, quantunque fatto in interesse di chi ha la cosa in precario, questi è obbligato a prestare solamente il dolo (d).

b) Chi ha prestato opere liberali è responsabile solamente per dolo e colpa lata, quantunque operasse in suo proprio interesse.

c) Dall' altra parte vi sono casi nei quali si è tenuto per ogni specie di colpa, quando secondo la regola generale si dovrebbe prestare solamente il dolo e la colpa lata, questo avviene nel mandato, nella società, nella *negotiorum gestio* (e).

d) In altri casi è richiesta la diligenza in concreto, mentre non si sarebbe responsabile che per ogni colpa, così nella *communio incidens*, per il marito riguardo ai beni dotali, pel tutore in rapporto ai beni del pupillo (f).

CAPITOLO V.

DEI DIRITTI.

§. 61.

I. Concetto e divisione de' diritti.

1) Ciascun diritto in senso subbiettivo ne suppone uno in senso obbiettivo (§. 5), che può essere o una norma di diritto, ovvero una speciale concessione di legge fatta per casi particolari; i diritti in generale si dividono per conseguenza in diritti propriamente detti (*iura*), che vengono regolati da norme generali, ed in privilegi che a loro volta sono regolati da speciali concessioni (§. 7).

2) Il diritto può riguardare le persone, il che si rapporta tanto alla capacità personale, quanto alla potestà di una persona sopra un'altra intesa questa parola nel senso più ampio; cioè quando taluno è soggetto

(d) L. 8. §. 3. 6. de precario (13. 26.).

(e) L. 13. C. de mand. (4. 35.). *Diocl. et Maxim.* A procuratore dolum et omnem culpam, non etiam improvisum casum praestandum esse, iuris auctoritate manifeste declaratur. — L. 23. de R. I. (30. 17.). — L. 11. de neg. gest. (3. 5.). *Pomp.* Si negotia absentis et ignorantis geras, et culpa et dolum praestare debes. — Ved. §. 1. Inst. de obl. quasi ex cont. (3. 27.). — L. 20. Cod. de negotiis gestis (2. 19.). — L. 22. eod.

(f) L. 24. §. 5. soluto matr. (24. 3.). — L. 17. p. de iur. dot. (23. 3.). *Paul.* In rebus dotalibus virum praestare oportet tam dolum, quam culpam, quia causa sua dotem accipit; sed etiam diligentiam praestabit, quam in suis rebus exhibet. — §. 9. Inst. de societate (3. 25.). — L. 25. §. 16. fam. ercis. (10. 2.). — L. 1. C. de hered. tut. (5. 54.).

Diritto romano.

alla direzione di un terzo per limitazioni messe dalla legge alla sua personale esplicazione. Esso può riguardare inoltre un oggetto, ed allora si avrà il *ius in re*. Finalmente il diritto può avere per obbietto un'azione altrui, una prestazione, ed allora abbiamo il diritto di obbligazione.

3) Di queste due ultime specie di diritto il reale adunque si caratterizza per quel totale o parziale dominio sopra un determinato oggetto: quello di obbligazione per la relazione di due persone, delle quali l'una ha da prestare qualche cosa all'altra. L'obbligo che nasce dal diritto reale è negativo, quello che nasce dal secondo si esprime positivamente; sicchè il diritto reale si manifesta per la potestà sulla propria azione, quello di obbligazione pel dominio sull'azione altrui. Vi sono per altro obbligazioni le quali hanno l'apparenza di un diritto reale, come avviene del fittaiuolo e dell'inquilino; ma tutto ciò non è che apparente, poichè nè l'uno nè l'altro ha il *ius utendi-fruendi*, come ha p. e. l'usufruttuario. Il diritto di obbligazione è importante ed ha efficacia solamente contro la persona ch'è direttamente obbligata, onde questo diritto è appellato personale; mentre il reale è efficace contro tutti assolutamente.

4) Questa distinzione di diritti fonda la distinzione de' mezzi per tutelare i medesimi; così que' mezzi i quali hanno per obbietto la cosa, ed hanno efficacia contro qualunque persona, sono le *actiones in rem*; mentre gli altri, che hanno per obbietto una prestazione altrui, e sono diretti contro colui il quale è direttamente obbligato, appellansi *actiones in personam* (a).

II. Dell'origine e della estinzione de' diritti.

A. Dell'acquisto.

§. 62.

1) Dell'acquisto in generale.

1) Origine del diritto è qualunque acquisto da parte di una persona. Essa suppone quattro elementi: 1) una regola di diritto; 2) un subbietto; 3) un obbietto; 4) un fatto giuridico: ciò non ostante si possono dare diritti pei quali non si richiede una determinata azione da parte del subbietto che l'acquista, ed allora il diritto dicesi acquistato *ipso iure*.

2) Può acquistarsi un diritto il quale apparteneva ad altri; l'acqui-

(a) Ved. ann. al §. 79.

sto allora dicesi derivato. Ma un diritto simile non potrebbe essere valido se quello dell' altro (*auctor*) non fosse vero; dippiù essendo questi il vero autore del diritto del novello acquirente, questo non può avere più grande estensione di quello dell'autore, potendo qualche volta essere più limitato. Quando al contrario si acquista un diritto indipendentemente da quello di un altro, l'acquisto è detto originario, primitivo, ed in questo caso il diritto è tutto nuovo, che non esisteva in altri prima che non fosse acquistato; di questo carattere è l'acquisto per occupazione, per usucapione, ecc.

3) Il diritto derivato si acquista in due modi; o lo stesso diritto dell' *auctor* si trasmette all' acquirente, subentrando questi in luogo del primo, ed allora si ha la successione, la quale suppone necessariamente una relazione giuridica tra l' acquirente e l' *auctor*, per mezzo della quale il diritto di questi si trasmette al primo; o non si trasmette tutto il diritto, ma parte di esso.

§. 63.

2) Dell' acquisto per successione.

Savigny, III. §. 105.

1) Affinchè l'acquisto derivato, che abbiamo appellato successione, fosse fondato, è d'uopo che la relazione giuridica tra l' attore e l' acquirente non sia interrotta, e che questi dipenda immediatamente dal primo; non potrebbe conchiudersi per conseguenza che due individui in diverso tempo proprietari di un medesimo fondo, siano l'uno successore dell' altro. La successione può essere singolare ed universale, la prima (*successio per singulas res*) ha luogo quando l' acquirente succede in un diritto o più diritti particolari dell' *auctor*; si ha la seconda (*successio per universitatem*), quando l'acquisto ha per oggetto l'intero patrimonio preso nel suo tutto ideale; o meglio quando la medesima personalità si trasmette all' acquirente, onde in questo caso l' *auctor* rispetto all' acquirente non è una persona estranea, anzi questi si considera la medesima persona del primo; ed è perciò che *auctor* comunemente si usa nel determinare l'autore nella successione singolare.

2) Una specie di successione singolare è l'alienazione, la quale consiste in un negozio civile tra vivi, per mezzo del quale una cosa appartenente ad una persona è trasmessa ad un'altra. Quando la trasmissione ha un tal carattere che per mezzo di essa succede un aumento di patrimonio

nell' acquirente, ed una diminuzione da parte dell' *auctor*, allora si ha l' alienazione nel più stretto significato della parola, che è più propriamente appellata *donazione*.

3) L' alienazione può non racchiudere il concetto di successione singolare, e ciò avviene quando la trasmissione fatta dall' *auctor* riguarda una parte del diritto di proprietà, ed allora l' acquirente non ha lo stesso diritto del primo, ma uno che ne dipende in quanto alla sua origine; di tal natura sono i *iura in re aliena* costituiti dallo stesso proprietario; alienazione nel più ampio significato della parola.

§. 64.

a) Della donazione.

T. Inst. de donationibus (2. 7). — T. D. h. t. (39. 5.). — T. C. h. t. (8. 34.) — *De Retes*, De donationibus (Meerm. thes. V. pag. 553. — *Klinkhamer*, Comm. de donationibus, Amst. 1826.

Savigny, Sist. IV. §. 142. ss. — *Donelli*, Comm. V. c. 2 §. 40. XIII. c. 22. XIV. c. 26-32.

Per donazione intendiamo quell' alienazione che non ha in sè l' idea di equivalente, ed è fatta col proposito di produrre un cambiamento nei beni e di fare un' alienazione gratuita: da questa definizione si rileva che:

I) La donazione suppone necessariamente un' alienazione; per la qual cosa la disposizione de' diritti che si riferiscono al loro destino dopo la morte del proprietario, ossia la eredità, è incompatibile con il concetto della donazione, dappoichè, essendo la personalità dell'erede la medesima di quella del defunto, non è un' alienazione; lo stesso si dica del legato, non solo perchè per mezzo di quest'atto non si rende minore la proprietà del testatore, ma ancora perchè il legato è una successione mediata, mentre la donazione col concetto dell' alienazione è una immediata successione.

1) La donazione dev'essere necessariamente gratuita, deve produrre almeno una diminuzione ne' beni del donante (*liberalitas*); e di vero se la intenzione del donatore fosse piuttosto di pagare un servizio reso e non di donare, allora non si ha affatto l' *animus donandi*, e per conseguenza un atto simile impropriamente appellasi donazione.

È però d'avvertire che non ogni specie di liberalità è donazione, poichè ogni atto dettato da sentimenti generosi ch' escluse il concetto di alienazione, è una liberalità, ma mal si direbbe donazione.

3) La donazione deve aver per effetto l' arricchimento di un altro, essa importa un acquisto *ex lucrativa causa*; escluse adunque sono quelle

concessioni le quali non importano una diminuzione di proprietà, o gli acquisti fatti col pagamento del corrispondente prezzo.

4) Finalmente affinché il concetto della donazione sia esatto, è duopo che si ammetta un altro requisito, ed è la unione della volontà delle due parti; non possiamo immaginare infatti una donazione prima che il donatario non avesse contezza dell'atto, e che non sia espressamente o tacitamente dichiarato « *non potest liberalitas nolendi acquiri* »: p. e. se si dà una somma con la intenzione di donarla, e il donatario ha per fermo che sia un mutuo, finchè dura questo errore, l'atto non potrà mai aversi come donazione (a).

II. La donazione non è di per sè un determinato negozio civile, come sarebbe esempigrazia una vendita, una compra, una permuta, ecc.; ma può avere molteplici forme ed essere effettuata per mezzo di differenti atti, i quali si possono ordinare così: *dare, obligare, liberare*.

1) Il *dare* consiste nel trasmettere il diritto di proprietà o nel costituire un diritto *in re* con la intenzione di donare:

a) Il primo di questi mezzi è il più usuale, tanto che ordinariamente la donazione si ritiene come un mezzo di trasmissione del diritto di proprietà; la forma per mezzo della quale si effettua la donazione in questo caso non può essere nel sistema giustiniano che la tradizione, di cui l'*animus donandi* ne forma la *iusta causa* (b), ed in tutti i modi dalla legge per valida tradizione riconosciuti: come sarebbe per mezzo di terze persone; e quando il donatario potrà ritenere le cose del donante di cui era il possessore; come la *missio in possessionem*, in quanto che si permette al donatario d'impossessarsi dell'oggetto come se l'avesse avuto dallo stesso donante (c): finalmente per il così detto *constitutum possessorium* dichiarando il donante che ritiene il possesso dell'oggetto in nome del donatario.

(a) L. 10. b. t. *Paul.* — Absenti, sive mittas, qui ferat, sive, quod ipse habeat, sibi habere cum iubeas, donari recte potest; sed si nescit, rem, quae apud se est, sibi esse donatam, vel missam sibi non acceperit, donatae rei dominus non fit, etiamsi per servum eius, cui donabatur, missa fuerit, nisi ea mente servo eius data fuerit, ut statim eius fiat. — L. 19. §. 2. eodem. — L. 35. de O. et A. (34. 7.). conf. — L. 44. de don. int. vir. et uxor. (24. 1.). — L. 18. pr. de reb. cred. (12. 1.).

(b) §. 40. Inst. de rer. div. (2. 1.). — Per traditionem quoque in re naturali res nobis acquiruntur; nihil enim tam conveniens est naturali aequitati, quam voluntatem domini, volentis rem suam in alium transferre, ratam haberi: et ideo, cuiuscumque generis sit corporalis res, tradi potest, et a domino tradita alienatur. Itaque stipendiaria quoque et tributaria praedia eodem modo alienantur; vocantur autem stipendiaria et tributaria praedia, quae in provinciis sunt, inter quae nec non et Italica praedia ex nostra constitutione nulla est differentia.

(c) L. 4. 10. h. t. *Pomp.* Etiam per interpositam personam donatio consumari potest. — L. 6. eodem. — L. 6. 28. 33. §. 3. h. t.

b) I *iura in re* possono essere obbietti di donazioni in differenti forme, così potrà la donazione comprendere l'usufrutto in quanto il proprietario gratuitamente costituisce un usufrutto per un altro; ovvero potrà donare l'usufruttuario, lasciando gratuitamente l'usufrutto al proprietario (d). Similmente si potranno donare le servitù, l'uso, l'enfiteusi, la superficie (e).

2) *Obligare* consiste in ciò, che la proprietà di una persona si aumenta per la donazione di un credito: il che può essere fatto in due modi, secondochè la obbligazione riguarda lo stesso donante o una terza persona.

a) Il primo modo consiste in una promessa, con la quale uno si obbliga verso l'altro *donandi causa*. È d'avvertire che la donazione avviene nel momento della promessa, dappoichè quando giunge il pagamento, potendo il donatore essere costretto per via di azione giudiziaria, non si ha più il concetto di donazione, ma la conseguenza di un debito fondato dalla promessa. Una tale promessa, la quale nel diritto antigiustiniano non poteva avvenire se non per mezzo di stipulazione, fu facilitata dapprima da Antonino Pio per le sole promesse fatte tra gli ascendenti e discendenti, dichiarando essere sufficiente ogni dichiarazione di volontà per dare all'*animus donandi* la sua efficacia; la medesima agevolazione fu quindi da Giustiniano estesa a tutte le persone (f).

b) La donazione può consistere nel fondare in favore di un terzo un diritto di obbligazione, il che può essere fatto tanto creando la obbligazione nel medesimo momento dell'atto di donazione, quanto nel cedere un credito già esistente. Così alcuno dà a mutuo una somma, ma in nome di colui a cui si vuol donare, in guisa che questi si fa promettere l'adempimento dal debitore per mezzo di contratto, o si concorda con il donatore sull'oggetto (g); ovvero quando si fa un deposito presso un terzo con l'obbligo di restituire l'oggetto depositato al donatario (h). Lo stesso si dica quando la obbligazione già esiste, e viene trasmessa dal donante al donatario con la intenzione di donare, nel qual caso la cessione tiene luogo

(d) L. 66. 78. de iur. dot. (23. 3.). — L. 37. sol. mat. (24. 3.).

(e) L. 1. §. 7. de superf. *Ulp.* Sed et tradi posse intelligendum est, ut et legari, et donari possit. — L. 10. pr. — L. 11. §. 6. de uso (7. 8.). — L. 19. comm. praed. (8. 4.). — §. 3. Inst. de locat. et cond. (3. 24.).

(f) L. 35. §. 3. C. de donat.

(g) L. 34. pr. h. t. *Paul.* Si pater emancipati filii nomine donationis animo pecuniam foeneravit, eamque filius stipulatus est, et ipso iure perfectam donationem, ambigi non potest.

(h) L. 31. §. 3. h. t. *Papin.* Eiusmodi lege deposita, in aede arca ut eam ipse solus, qui deposuit, tolleret, aut post mortem domini; Aelius Speratus non videri celebratam donationem respondi. — *Decius.* Spem futurae actionis, plena intercedente donatoris voluntate, posse transferri, non immerito placuit.

di donazione (i); ovvero si ha il medesimo effetto per mezzo di una delegazione, mentre il creditore il quale vuol donare ad un altro chiede al debitore che promettesse a costui l'adempimento (k), poichè in tutti questi casi esiste una vera donazione.

2) Finalmente la donazione consiste nel *liberare*, quando si libera colui, a cui si vuol donare, da una obbligazione; giacchè per questa via si accresce il suo patrimonio. L'obbligazione può essere costituita in favore del donante od in favore di un terzo.

a) Quando la obbligazione è fatta in favore del donante, la donazione può effettuarsi per mezzo di un atto, col quale il donante libera il donatario dalla sua obbligazione; un tal atto può essere una condizione o un semplice patto apposto tacitamente per mezzo di atti indiretti, che fanno nota la volontà del donante (l).

b) Questa specie di donazione potrà inoltre effettuarsi liberando il donatario da un suo debito che ha verso un terzo, sia per mezzo del pagamento fatto con la intenzione di donare, e ciò anche in caso di una naturale obbligazione (m), oppure per mezzo di una intercessione privativa come l'*expromissio* (n).

La donazione può essere tra vivi (*donatio inter vivos*), e per causa di morte (*mortis causa donatio*). Questa seconda donazione addiuvine perfetta dopo la morte del donatore, di guisa che essa è revocabile ed è di nessun momento, qualora il donante sopravviva al donatario: una tale donazione essendo affine co' legati verrà trattata di proposito nella teoria delle successioni (IV. c. 6.). È donazione tra vivi quando non dipende essenzialmente dalla morte del donante, quantunque fosse stata fatta sotto

(i) L. 2. 3. C. h. t.

(k) L. 2. §. 1. — L. 21. §. 1. h. t. *Celsus*. Sed si debitorem meum tibi donationis immodicae causa promittere iussi, an summo veris donationis exceptione, nec ne, tractabitur. Et meus quidem debitor exceptione te agentem repellere non potest, quia perinde sum quasi exactam a debitore meo summam tibi donavimus, et tu illam ei credideris.

(l) L. 17. b. t. *Ulp*. Si in stipulatum indicatum novationis causa deductum sit, et stipulatio donationis causa accepto lata, dicendum est, locum liberationem habere. — L. 2. C. de accept. (8. 44.). — L. 1. de trans. (2. 15.). — L. 1. §. 1. quib. mod. pigu. (20. 6.). — L. 17. §. 1. — L. 27. §. 2. — L. 28. §. 2. de pactis. (2. 14.). — L. 17. §. 6. de iniur. (47. 10.).

(m) L. 7. §. 7. de don. int. vir. et uxor. (24. 1.). — L. 12. C. de neg. gest. (2. 19.). *Alexand*. Si filius pro patre suo debitum solverit, nullam actionem ob eam solutionem habet, sive in potestate patris, quum solveret, fuerit, sive sui iuris constitutus donandi animo pecuniam dedit. — L. 9. §. 1. de SC. Maced. (14. 6.).

(n) L. 21. pr. h. t. — L. 5. §. 3. de dol. except. (44. 4.). — L. 33. de nov. (46. 2.). *Triphon*. Si Titius donare mihi volens delegatus a me creditori meo stipulanti spondit, non habebit adversus eum illam exceptionem, ut, quatenus facere potest, condemnatur; nam adversus me tali defensione merito nitetur, quia donatum ab eo petebam, creditor autem debitum persequitur.

una condizione sospensiva o resolutiva, la quale non può avverarsi che dopo la morte del donante (o).

§. 65.

b) Requisiti ed effetti della donazione.

I. 1) Essendo la donazione un' alienazione, suppone in primo luogo un subbietto il quale abbia la facoltà di alienare: epperò non potrà donare il minore, il mentecatto, e tutti coloro ne' quali si riconosce una esistenza di diritto solamente e non nel medesimo tempo di fatto.

2) L'obbietto, come nelle altre relazioni giuridiche, dev'essere idoneo a potersi trasmettere.

3) Finalmente si richiede un valido atto giuridico, secondo si è veduto nel paragrafo precedente (a).

2) La donazione non ha nessuna efficacia quando è fatta tra coniugi, di che sarà fatto parola a suo luogo (L. II. c. 1.); similmente sarà di nessun momento quella donazione, la quale al tempo in cui fu fatta, oltrepassi la somma stabilita dalle leggi, (500 solidi circa 6400 lire) senza notificarne la potestà giudiziaria (*insinuatio*) (b): è d' avvertire però che quando si dona una cosa fruttifera non si computano i frutti dell' oggetto medesimo. Così pure molte donazioni che insieme oltrepassano la somma stabilita non sono da ritenersi come una sola donazione, ma ognuna ha propria esistenza, tranne che non siasi voluto deludere la legge, o che tutte quelle donazioni non siano parti di una più grande (c) (1). La insinuazione non ha mestieri di *causae cognitio*, e qualunque magistrato potrà validamente riceverla.

Vi sono dall'altra parte de' casi in cui la donazione, ancorchè sorpassi la somma legale, non ha bisogno d'insinuazione: p. e.

a) Gli atti di liberalità che, secondo la definizione più rigorosa, non potrebbero essere annoverati tra le donazioni (*sensu stricto*).

(o) L. 27. de mort. causa donat. (39. 6.). *Mareian.* Ubi ita donatur mortis causa, et nullo esse revocatur, causa donandi magis est, quam mortis causa donatio; et ideo perinde haberi debet, atque alia quaevis inter vivos donatio; ideoque inter viros et uxores non valet; ut ideo nec Falcidia locum habet, quasi in mortis causa donatio. — L. 23. §. 2. eodem.

(a) Sulle forme e limitazioni della legge Cincia Ved. Appendice V. alla fine del Capitolo.

(b) L. 36. §. 3. *Justin.* Ceteris etiam donationibus, quae gestis intervenientibus minime sunt insinuatæ, sine aliqua distinctione usque ad quingentos solidos valituris. — conf. L. 27. 30-35. C. h. t. — §. 2. Inst. h. t.

(c) L. 34. §. 3. C. h. t. arg. — L. 29. da leg. (1. 3.). *Paul.* Contra legem facit, qui id facit, quod lex prohibet; in fraudem vero qui solvis verbis legis sententiam eius circumvenit. — L. 30. eodem.

- b) le donazioni fatte dal regnante e dalla reggente (d);
- c) quelle di cose mobili fatte da *magistri militum* ai soldati (e);
- d) quelle fatte per redimere gli schiavi (f);
- e) le donazioni fatte per riedificare un edificio in rovina (g);
- f) quelle per costituire una dote, solamente in quanto contengono una donazione relativamente la donna (h).

3) Quando una donazione del valore superiore a 500 solidi manca della richiesta *insinuazione*, per regola generale la donazione è nulla pel di più della somma stabilita. Per la qual cosa è da conchiudersi, che, se vi è stata tradizione, la proprietà del di più non si trasmette al donatario, ed il donante potrà o adoperare la *rei vindictio* contro ogni terzo possessore per la parte dell' oggetto superante la somma stabilita; ovvero una *condictio* se si trattasse del valore: nel caso che la tradizione riguardasse una cosa *non fungibile* p. e. un fondo, si ritiene che, applicandosi il principio testè esposto, nasce un condominio tra il donatario ed il donante, la cui quota in caso di controversia viene tassata giudiziarmente.

In questo caso, perchè non sorgessero ulteriori controversie, è stabilito, che il proprietario della parte più grande potrà comprarsi l'altra, sborsando il prezzo secondo cui fu tassata; se egli non vorrà ciò fare, l'oggetto si dividerà materialmente, e se la divisione per natura dell' oggetto non fosse possibile, il proprietario della parte più piccola potrebbe comprare

(d) L. 34. pr. C. h. t. *Iustinian*. Si quid autem supra legitimam definitionem fuerit donatum, hoc, quod superfluum est, tantummodo non valere, reliquam vero quantitatem, quae intra legis terminos constituta est, in suo robore perdurare, quasi uulgo penitus alio adiecto, sed hoc pro non scripto vel intellecto esse credatur; exceptis donationibus tam imperialibus quam his, quae in causis piissimas procedunt. Quorum imperiales quidem donationes merito indignari sub observatione monumentorum fieri, tam a retro principibus, quam a nobis sancitum est, sed firmam habere propriam maiestatem. — N. 53. c. 2.

(e) L. 36. §. 1. C. h. t. *Iustinian*. Simili etiam modo a gestorum absolvimus ordinatione donationes rerum mobilium vel sese moventium, quas viri gloriosissimi magistri militum fortissimis praestant militibus tam ex sua substantia, quam ex spoliis hostium, sive in ipsa bellorum occupatione, sive in quibuscumque locis degere noscuntur.

(f) L. 34. pr. — L. 36. pr. C. h. t. *Iustinian*. Si quis pro redemptione captivorum pecunias dederit sive per cautionem dare promiserit cuiuscumque quantitatis, cognoscat, se neque repetitionem habere, neque exactionem cautionis posse declinare, ut pote gestis, sicut in donationibus, non subsecutis super insinuatione eiusdem quantitatis.

(g) L. 36. §. 2. C. h. t. *Idem*. Eandem liberalitatem nostrae legis indulgemus etiam his, quorum incendio vel ruina domus corruptae sunt, quibusdam forte pecunias cuiuscumque quantitatis praebentibus vel cautionem conscientibus, ut et ipsi nec repetitionem timeant, verum etiam exactionem pecuniarum confessioni insertarum facere possint, licet gesta non fuerint subsecuta.

(h) L. 31. pr. C. de iure dot. (5. 12.). *Iustinian*. Quum quidam dotes pro mulieribus dabant, sive matres, sive alii cognati vel extranei, recte quidem eos mariti sine monumentorum observatione suscipiebant. — conf. N. 119. c. 1. — N. 127. c. 2.

la più grande, mediante rimborso del prezzo tassato giudiziarmente (i).

II. Gli effetti di una donazione si determinano dal suo contenuto speciale: in ogni caso non potrebbe originarne una successione universale, anche quando, ciò ch'è possibile, la donazione riguarda tutto il patrimonio, od una aliquota del medesimo (k). Secondo il loro contenuto adunque le donazioni hanno per effetto la trasmissione della proprietà, o la costituzione di un diritto reale, se consistono nel dare; ovvero fanno nascere un'obbligazione negli altri casi.

La donazione è per sè stessa irrevocabile.

ANNOTAZIONE

(i) Qualche difficoltà si presenta nel caso che la donazione avesse per obbietto una rendita annuale, e ciò per l'oscurità della legge 34. §. 4. C. h. t., nella quale Giustiniano ci fa noto esser stato un tal punto molto controverso tra gli antichi giuristi, e che egli vuol decidere la quistione. La sua decisione è la seguente.

• Nos autem certa divisione concludimus.

• 1) Ut si huiusmodi quidem fuerit donatio, ut intra vitam personarum stetur vel dantis, vel accipientis, multa intelligantur donationes et liberae a munitionum observatione. Incertus etenim fortunae exitus hoc nobis suggessit, ut possibile sit, unius anni tantummodo vel brevioris vel etiam amplioris temporis metas supervivere vel donatorem vel eum, qui donationem accipit, et ex hoc inveniri, totam summam donationis non excedere legitimam quantitatem.

• 2) Sin autem etiam heredum ex utraque parte fuerit mentio.

• 3) Vel adiciatur tempus vitae vel donatoris vel eius, qui donationem accipit, tunc, quasi perpetuata donatione et continuatione eius magnam et opulentiorum eam efficiente, et una intelligatur, et quasi densioribus donationibus cumlata, excedere legitimum modum, et omnimodo aeta repossere, et aliter minime convalescere ».

Egli è fuor di dubbio che questa legge stabilisce tre casi; il primo, quando la donazione di rendita è determinata a vita del donante e del donatario; ed in questo

(i) L. 34. p. §. 1. 2. C. de dou. (8. 34.). *Iustinian.* Ne autem communione inducta donatori et ei qui liberalitatem suscepit, aliqua oritur contentio, electionem domus ei, qui ampliorum summam in re donata habuerit, reliquam aestimationis quantitatem offerre ei, qui minorem causam habuit, et totum possidere. Sin autem hoc minime facere maluerit, tunc omnimodo res dividi secundum quantitatem, utrique parti competentem, si res dividi sine suo periculo possibilis est: Sin autem in huiusmodi casibus, in quibus partitio utiliter minime celebrari potest, amplioris summae dominus noluerit aestimationem offerre, tunc licebit etiam ei, qui minoris summae habet potestatem, offerre pretium, et totum sibi vindicare.

(k) L. 11. C. h. t. — L. 8. C. de rev. don. (8. 36.). — L. 28. h. t. — L. 37. §. 3. de legatis (32). — L. 17. §. 1. quae in fraud. (42. 8.). — conf. L. 72. de iure pr. dot. (23. 3.). *Paul.* Mulier bona sua omnia in dotem dedit; quaero, an maritus quasi heres honoribus respondere cogatur? *Paulus* respondit, eum quidem, qui tota ex repromissione dotis bona mulieris retinuit, a creditoribus conveniri eius non posse, sed non plus esse in promissione bonorum, quam quod superest deducto aere alieno. — fragm. Vat. §. 263. — L. 12. *Cod. Hermag.* lit. Vi.

caso egli decide, che debbansi ritenere le singole rendite annuali come altrettante donazioni, poichè è incerto chi dei due, se il donante o il donatario vivrà al più prossimo termine del pagamento; se adunque ciascuna rendita annuale non sorpassa la somma stabilita, non vi sarà bisogno d' insinuazione. Il secondo, quando la rendita annuale è determinata ancora per gli eredi sia del donatario che del donante; e qui Giustiniano vuole che per la durata quasi perpetua debba considerarsi come una grande donazione, e per conseguenza si avrà sempre bisogno d' insinuazione, quantunque ciascuna rendita annuale presa per sè fosse molto al di sotto della somma stabilita. A questo secondo caso è equiparato un terzo sia nella decisione, sia nei motivi della decisione medesima, con queste parole « *vel adiciatur tempus vitae vel donatoris vel eius, qui donationem accipiet*, e questo caso ha specialmente elevate molte difficoltà.

Comunemente intendesi per la donazione di una rendita, la quale sia determinata per una quantità fissa di anni della vita del donatore o del donatario; la donazione, se la somma delle prestazioni dei tanti anni sorpassa i cinquecento solidi, avrebbe bisogno d' insinuazione (1).

Quest' interpretazione è insufficiente, poichè si trova in contraddizione co' motivi di decisione, quasi *perpetuata donatione*. Cuiacius ha tentato di emendare il testo, ed in vece di leggere: *vel adiciatur*, legge *nee adiciatur*, ovvero: *vel non adiciatur* (m), il che ci darebbe questo senso « ovvero quando (senza menzionare gli eredi) la limitazione della rendita solamente al tempo della vita delle parti non si rileva espressamente ». Al contrario Savigny nella fede di due suoi manoscritti vorrebbe piuttosto leggere: *vel adiciatur tempus vitae heredum donatoris*, il che ci porterebbe al risultato di equiparare a quell' altro caso ammesso da tutti (2) l' altro, quando cioè la rendita è limitata alla morte del più prossimo erede, sia del donatario sia del donante (n). Ingegnose che fossero queste interpretazioni, non si può sconvenire esservi dentro una gran dose di arbitrio, e miglior consiglio sarebbe interpretare il passo in questo modo: quando la donazione sia estesa sul tempo della vita di uno dei due, del donatore, o del donatario; il qual caso è equiparato all' altro, quando cioè sono rammentati espressamente gli eredi di entrambi.

Il caso di una rendita donata per determinato numero di anni non è previsto in questa legge di Giustiniano; ma egli è ben naturale, che in questo caso debbansi sommare le rendite dei tanti anni, e, se la somma sorpassa il termine legalmente stabilito, allora si richiede la insinuazione.

(1) P. e. Marezoll, giornale di Giessen, dissert. 1.

(m) Cuiacii, Ahservationes, e comm. in L. 16. de V. O. (opp. 1. pag. 1173). — v. Basiliche XLVII. — L. 66. presso Heimbach, tom. IV. pag. 390. Foet, ad Pand. XXXVI. §. 16.

(n) Savigny, Sis. IV. §. 166. not. r.

§. 66.

c) Della revocazione della donazione.

T. C. de revocandis donationibus (8. 56).— *Donelli*, Comm. iur. civ. XIV. c. 26. seq. *Savigny*, §. 188. e 169.

Quantunque la donazione per regola fosse irrevocabile, non manca l'eccezione di alcuni casi, nei quali una valida donazione può esser rievocata. Il che avviene sia da parte de' terzi, i cui interessi sieno stati pregiudicati per la fatta donazione, e la revocazione è qui indipendente dalla volontà del donatore; sia volontariamente dallo stesso donatore.

1) Nel primo caso si rievoca la donazione :

a) Se si è fatta una donazione tra vivi, con cui si è lesa la porzione legittima, e renduta vana la querela *inofficiosi testamenti*, gli eredi, che vennero danneggiati dalla donazione avvenuta, possono impugnarla per mezzo di un'altra querela (*inofficiosae donationis*) ammessa in analogia della prima: ma questa nuova querela ritoglie solamente la parte mancante della legittima, lasciando valido il resto della donazione (a).

b) Se un debitore, facendo donazione, abbia cercato di rendersi inetto al pagamento, o di aumentare la sua insolvenza, la donazione può essere impugnata da' creditori con l'azione Pauliana (b).

2) La revocazione da parte del donante è concessa solamente a causa d'ingratitude del donatario, quando essa sia manifestata ne' seguenti modi prescritti dalla legge: ossia villanie, atroci ingiurie reali, insidie contro la vita, e le sostanze del donatore con grave danno, e da ultimo inadempimento degli obblighi presi verbalmente o in iscritto verso il donatore (c).

(a) V. inn. vol. III. — L. IV. c. 4.

(b) V. vol. III. — L. V. c. 4.

(c) L. 10. C. h. t. *Justinian* Generaliter sancimus, omnes donationes lege confectas firmas illibatasque manero, si non donationis acceptor ingratus circa donatorem inveniatur, ita ut 1) iniurias atroces in eum effundat, 2) vel manus impias inferat, 3) vel iacturae tuolem ex insidiis suis ingerat, quae non levem sensum substantiae donatoris imponit, 4) vel vitae periculum aliquod ei intulerit, 5) vel quasdam conventiones, sive in scriptis donationi impositas sive sine scriptis habitas, quas donationis acceptor spopondit, minime implere voluerit. Ex his enim tantummodo causis, si fuerint in iudicium dilucidis argumentis cognitionaliter approbatae, etiam donationes in eos factas everti concedimus. . . Hoc tamen usque ad primas personas tantummodo stare censemus, nulla licentia concedenda donatoris successoribus huiusmodi querimoniarum primordium instituere. Etenim si ipse, qui hoc passus est, tenet, silentium eius maneat semper, et non a posteritate eius suscitari concedatur, vel adversus ipsum qui ingratus esse dicitur, vel adversus eius successores.

3) L' azione mercè cui il donante rinvoca la sua donazione, non derivando dal carattere intrinseco della donazione, ma dalla legge, può bene esser appellata *candictio ex lege* (d). L'azione è di quelle qualificate come *vindictam spirantes*, e però è data al solo donante e non si trasmette agli eredi, se non quando sia stata già intentata o almeno preparata avanti la morte di lui, e va diretta unicamente contro l' ingrato.

4) Ma per eccezione non è data facoltà di rinvocare una donazione, fatta in favore de' figliuoli, alla madre che va a seconde nozze, o mena una vita riprovevole (e). Per le seconde nozze Giustiniano temperò l' austico rigore, permettendo alla madre rimaritata di rinvocare la donazione, ma soltanto nei casi d' ingiurie reali, d' insidie alla vita, di minaccia a tutto il patrimonio (f).

5) L' azione rinvocatoria vale a far restituire o l' oggetto donato con ogni pertinenza, qualora esso fosse ancora nelle mani del donatario, o il valore, di cui si trovi arricchita la proprietà di lui. Quest'azione produce l' annullamento del negozio civile, ma è per contra meramente personale verso il donatario per la restituzione degli oggetti donati: onde non potrà mai venir fuori una *rei vindictio*.

6) Finalmente un altro caso speciale di rinvocazione è ammesso pel patrono, che non avendo figli abbia fatto donazione a' suoi liberti di tutti i beni, o di parte: se mai in seguito egli avesse prole, potrà ad arbitrio rinvocare la donazione (g).

§. 67.

d) Di alcune specie di donazioni.

T. C. de donat. quae sub modo (§. 55).

1) Quali donazioni che hanno regole speciali si distinguono, la *donatio mortis causa*, la *donatio inter virum et uxorem*, la *donatio sub mo-*

(d) Savigny, I. c. §. 169.

(e) L. 7. C. h. t.

(f) N. 22. c. 35. Mater tamen, quae filio ex bonis suis quid donavit, si ad secundas nuptias venerit, praetextu ingratitudinis datum revocare nequeat. Non enim sincero iudicio ingratitudinem obicere videtur, sed ad secundas nuptias respiciens in eam cogitationem venisse praesumitur, nisi manifeste probetur, filium vel matris vitae insidias struxisse, vel impiis manibus intulisse, vel ut totam substantiam illi auferret aliquid contra ipsam molitum esse.

(g) L. 8. C. h. t. *Constant. et Constans*. Si unquam libertis patronus filios non habens bona omnia, vel partem aliquam facultatum fuerit donatione largitus, et postea suscepit liberos, totum, quidquid largitus fuerit, revertatur in eiusdem donatoris arbitrio ac ditione mansurum.

do, e la *remuneratoria*; delle prime due sarà trattato nelle apposite teorie, ma delle altre ci rimane qui a far parola.

I. La *donatio sub modo* consiste in un atto di liberalità che impone un obbligo; o più chiaramente è la donazione di un oggetto o d' un valore, di cui una parte dev' essere adoperata dal donatario in uno scopo determinato. Onde essendovi un obbligo congiunto alla liberalità, questa donazione prende un carattere speciale.

1) Quanto all' obbligo, esso può stare in una prestazione sia in favore dello stesso donante, sia in favore di un terzo, ovvero in tale operazione da cui non nasca diritto per nessuno; come p. e. la fondazione di un pubblico istituto.

a) Quando la prestazione riguarda lo stesso donante, questi avrà per costringere il donatario all' adempimento l' *actio praescriptis verbis*, essendochè in una simile donazione si contiene un contratto nella forma di *do ut des, facio ut facias* (a).

b) Quando al contrario la prestazione è in favore di un terzo, la suddetta azione non può essere intentata dal donante, nè dal terzo secondo i principii rigorosi del diritto; imperocchè da un contratto fatto in interesse altrui non potrà venire azione alcuna nè pei contraenti nè pel terzo (b); ma le ultime leggi concedono al terzo una *utilis actio* (c).

c) In tutti i casi sarà data al donatore la *condictio datorum* per ripetere la cosa donata, quando arbitrariamente il donatario non adempie il modo (d); perocchè il modo, sia in favore del donante stabilito, sia di una terza persona, semprechè non è adempito, è una *causa non secuta*. Questo principio ha però due eccezioni :

1) La *condictio* non può essere adoperata quando l' adempimento del modo è impossibile (e).

(a) L. 9. 22. Cod. de donat. (8. 54.). *Dioclet. et Maxim.* — *Legem, quam rebus tuis donando dixisti, sive stipulatione tibi prospexisti, ex stipulatu, sive non, incerto iudicio, id est praescriptis verbis, apud praesidem provinciae debes agere, ut hanc impleri provideat.* — L. 3. C. de cont. emt. (4. 38.). — L. 8. C. de rer. permut. (4. 64.).

(b) L. 11. de O. et A. (44. 7.). *Paul.* Quaecumque gerimus, quum ex nostro contractu originem trahunt, nisi ex nostra persona obligationis initium sumant, inane actum nostrum efficiunt; et ideo neque stipulari, neque emere, vendere, contrahere, ut alter suo nomine recte agat, possumus. — L. 9. §. 4. de reb. cred. (12. 1.). — §. 4. Inst. de inut. stip. (3. 19.).

(c) L. 3. C. h. t.

(d) L. 3. 8. C. de condict. ob. caus. (4. 6.). *Valerian. et Gallien.* Ea lege in vos collata donatio, ut neutri alienandae suae portionis facultas ulla competeret, id efficit, ne alteruter eorum dominium prorsus alienaret, vel ut donatori vel eius heredi condictio, si non fuerit condictio servata, quaeratur.

(e) L. 8. C. de cond. ob. caus. (4. 6.).

2) E quando, secondochè è stabilito, non è ancora venuto il tempo dell' obbligo (f).

Ma oltre alla *condictio datorum*, se il donatario avesse l' obbligo di prestare gli alimenti al donante, questi potrà anche produrre la *rei vindictio*.

3) Per ciò che concerne l' atto civile di questa donazione, sono applicabili i medesimi principii e limitazioni anzi dette parlando della donazione in generale: così anche la donazione *sub modo* ha bisogno della insinuazione; può essere rievocata per ingratitudine ed impugnata o con la *querela inofficiositatis* o con l' *actio Pauliana* (§. 64.).

II. Appellasi donazione rimuneratoria quella che si fa per gratitudine di servigi dal donatario prestati al donante. Quantunque in ciò vi sia una specie di mutua obbligazione (il che si oppone al vero carattere della donazione), è nondimeno da stimare donazione perfetta la rimuneratoria, perchè nessuno è per legge tenuto di dare una ricompensa, e l' atto è sempre liberale. Dall' altra parte se il donatore avesse la intenzione di soddisfare piuttosto un obbligo che fare una donazione, l'atto, non essendo stato fatto coll' animo di donare, non può essere riguardato come una donazione.

Siffatta donazione per natura sua propria ha qualche regola speciale, e per fermo :

1) Se la donazione rimuneratoria, ch' eccede i 500 solidi, è già effettuata, non può essere impugnata pel sopravanzo; ma se è corsa solo una promessa, il donatario avrà l'azione per la somma legale senza insinuazione.

2) Se una tale donazione è seguita tra coniugi, avrà pieno vigore, se effettuata, ma non si dà azione per farla eseguire.

3) La donazione rimuneratoria finalmente non si può rievocare per ingratitudine (g).

(f) L. 18. pr. §. 1. de don. (39. §.). Ulp. Aristo ait, quum mixtum sit negotium cum donatione, obligationem non contrahi eo casu, quo donatio est; et ita et Pomponius enim existimare refert, §. 1. denique refert, Aristonem putare, si servum tibi tradidero ad hoc, ut eum post quinquennium manumittas, non posse ante quinquennium agi, quia donatio aliqua in esse videtur.

(g) L. 34. §. 1. eod. Paul. Si quis aliquem a latrunculis vel hostibus eripuit, et aliquid pro eo ab ipso accipiat, haec donatio irrevocabilis est; non merces eximii laboris appellanda est, quod contemplatione salutis certo modo aestimari non placuit.

B. Della estinzione de' diritti.

§. 68.

1) Della estinzione in generale.

I diritti si estinguono nel modo stesso che s' acquistano, per fatti o provenienti dalla volontà propria del subbietto, o da avvenimenti esteriori; ed ancora, come nell' acquisto, i fatti, che hanno forza legale di estinguere i diritti, variano secondo che variano i diritti medesimi. Difficile è dunque lo stabilire un principio comune, una norma certa e generale di estinzione; e la regola del fatto contrario (a) messa nella legislazione di Giustiniano, e da molti creduta sufficiente, non è applicabile a tutti i casi. Quel principio che un diritto vien meno per un fatto contrario a quello che lo fè nascere, vuol dire che spesso vi sono siffatti motivi naturali di estinzione; ma certamente altri ve ne sono ancora. Possiamo generalmente fissare le regole infrascritte :

1) Si estinguono i diritti mediante un' azione del subbietto, o di un altro in nome di colui il quale ha per scopo di far estinguere un diritto; ciò si appella comunemente alienazione; ovvero con l' abbandono spontaneo senza che il diritto rilasciato venga trasmesso ad un terzo; il che si addimanda rinunzia.

2) Si possono estinguere anche contro la volontà del subbietto, potendo questi perdere un diritto o a cagion di pena (b), o in altro modo sia mediatamente sia immediatamente.

3) Così si perde immediatamente un diritto: colla scadenza del termine fino al quale valeva (*dies ad quem*); coll' avvenimento di una condizione risolutiva; con la revocazione di chi lo ha concesso; col cessare il diritto di colui che lo concedeva per la nota massima: *resoluto iure concedentis resolvitur ius concessum*, e secondo i casi col non uso (c).

(a) L. 35. 153. de R. l. (50. 17.). *Paul.* Fere, quibuscumque modis obligamur, iisdem in contrarium actis liberamur, quum quibus modis acquirimus, iisdem in contrarium actis amittimus. Ut igitur nulla possessio acquiri, nisi animo et corpore potest, ita nulla amittitur, nisi in qua utrumque in contrarium actum.

(b) L. 3. C. de aqueduct. (11. 42.). *Valentin.* Quodsi quis aliter fecerit, non solum id, quod prius iure beneficii fuerat consecutus, amittat, verum pro conditione quoque personae severissima poena plectetur.

(c) L. 4. pr. de servit. (8. 1.). — L. 6. pr. quibus modis pign. vel hypoth. (20. 6.). *Ulp.* Item liberatur pignus, sive solutum est debitum, sive eo nomine satisfactum est. Sed et si tempore finitum pignus est, idem dicere debemus, vel si qua ratione obligatio eius finita est. — L. 3. eod. — L. 2. §. 4. pro emptore (41. 4.).

4) Finalmente cessano mediatamente i diritti, che vengono da un qualunque stato, col cessare lo stato medesimo; i diritti reali con la distruzione dell' oggetto; i personali con l' estinzione dell' obbligo; quelli di possesso (*iura possessionis*) con la perdita del possesso medesimo.

5) Di grande importanza è la differenza che si pone, principalmente nei diritti di obbligazione, fra estinzione *ipso iure*, ed *ope exceptionis*. Un diritto si annulla *ipso iure*, quando il fatto che ne produce l' annullamento lo distrugge perfettamente, di guisa che il diritto termina per sempre di avere esistenza; all' opposto il fatto che produce l' annullamento *ope exceptionis* non estingue direttamente il diritto, ma ne fa sorgere un altro opposto al primo, di maniera che nasce una contrapposizione di diritti. Appena però il novello diritto riesce a stabilirsi e ad essere riconosciuto, l' altro si annulla in quanto alla sua efficacia e non nella sua sostanza, ossia il suo annullamento avviene di fatto e non di diritto; cosicchè da questo punto di vista possiamo dire con Paolo : *nihil interest ipso iure quis actionem non habeat, an per exceptionem infirmatur*. Dal carattere di questa distinzione si rilevano le seguenti conseguenze:

a) Un diritto estinto *ipso iure* non potrà mai più risorgere; quandochè, estinto *ope exceptionis*, ritorna in vigore, se per qualsiasi circostanza il *ius exceptionis* venisse a mancare. E di vero nel primo caso potrebbe sorgere un novello diritto in luogo di quello estinto, ma sono indispensabili tutti i requisiti per creare un diritto, come se l' antico mai avesse avuto esistenza, p. e. la sola rinuncia non basterebbe a creare un novello diritto, se non contenesse i requisiti all' acquisto necessarii (d). Tutt' altro però è nel secondo caso (*ope exceptionis*); imperocchè l' antico diritto non è estinto, ma n' è nato un altro a quello opposto; e per conseguenza se questo secondo diritto per una circostanza qualunque, p. e. per rinuncia, si estingue, l' antico non è che si richiami alla esistenza, non essendo mai estinto, ma rimane in tutta la sua efficacia (e).

b) Quando un' obbligazione si estingue *ipso iure*, non si potrà mai

(d) V. L. 27. §. 2. de pactis (2. 14.).

(e) Arg. nella medesima. L. 27. §. 2. pr. de pactis (2. 14.). *Paul.* Pactus, ne peteret, postea convenit, ut peteret; prius pactum per posterius eliditur, non quidem ipso iure, sicut tollitur stipulatio per stipulationem, si hoc actum est, quia in stipulationibus ius continetur, in pactis factum versatur; et ideo replicatione exceptio eliditur. — conf. *Gai.* Inst. IV. 126. — pr. Inst. de replicat. (4. 14.). — L. 4. §. 4. si quis cautionib. (2. 11.). *Ulp.* Quaesitum est, an possit conveniri, ne ulla exceptio in promissione deserta indicio sistendi causa facta obiciatur? et ait Atilicinus, conventionem istam non valere. Sed et ego puto conventionem istam ita valere, si specialiter causae exceptionum expressae sint, quibus a promissore sponte recuntiatum est. — L. 12. de nov. (46. 2.). — L. 28. pr. de leg. (30.). — L. 13. de liber. leg. (34. 3.). — L. 70. pr. ad SC. Trebell. (36. 1.).

fondare un' obbligazione accessoria come malleveria, pegno; dove al contrario in determinati casi ciò è possibile, quando la obbligazione è estinta *ope exceptionis*.

§. 69.

2) Della rinuncia.

La rinuncia è quell' atto per mezzo di cui spontaneamente si abbandona un diritto, senzachè questo venga trasmesso ad altri. Perchè un tale atto sia valido si richiede:

1) Che il rinunciante abbia facoltà di disporre del suo diritto, ed abbia coscienza dell' obbietto della rinuncia (a).

2) Che vi sia espressa o tacita dichiarazione di volontà; perocchè la rinuncia non è mai presunta.

3) Che essa sia accettata dall' altra parte, ma solamente nel diritto di obbligazione, ed in quel diritto reale in cui vi è una *obligatio rei* (pegno). L' accettazione non è richiesta nel diritto di proprietà e negli altri diritti reali, nei quali la rinuncia prende il nome di *derelictio*. Nei diritti di servitù si è creduta, senza ragione, necessaria l' accettazione; ma il diritto in *re* è diritto assoluto tanto, quanto quello della proprietà, e colui che ha un *ius in re*, verbigravia, l' usufruttuario non è, per nulla in relazione col *dominus*, ma sibbene con la proprietà (*res servit*), onde non è punto necessaria, affinchè la rinuncia sia valida, l' accettazione del *dominus*. Le leggi su ciò accennano già ad una rinuncia unilaterale adoperando il verbo *derelinquere* in questo significato (b). Si fa eccezione della *servitus praediorum urbanorum* pel carattere speciale di questa servitù, come si vedrà a suo luogo (c).

4) Una rinuncia è sempre di stretta interpretazione, essa non si presume, e, quando vien provata, fa mestieri circoscriverla ne' più angusti limiti (d).

5) Seguita la rinuncia nelle debite forme, non si dà luogo a regresso (e).

(a) L. 29. C. de pactis (2. 3.). — L. 174. §. 1. de R. I. (50. 17.). *Paul.* Quod quis, si velit, habere non potest, id repudiare non potest. — L. 19. de iur. test. (5. 2.).

(b) L. 64. 65. de usufr. (7. 1.).

(c) V. Lib. III. c. 3.

(d) L. 87. de legat. (30). *Papin.* Filio pater, quem in potestate retinuit, heredi pro parte instituto legatum quoque reliquit; durissima sententia est existimantium, demegandam ei legati petitionem, si patris abstinnerit hereditate; non enim impugnatior ludicium ab eo, qui iustis rationibus noluit negotiis hereditariis implicari. — L. 21. C. ad SC. Vell. (4. 29.).

(e) L. 11. C. de reb. cred. (4. 1.). *Justinian.* Satis enim absurdum est, redire ad hoc, cui renuntiandum putavit.

C) Del tempo considerato rispetto all' origine
ed estinzione de' diritti.

§. 70.

1) Divisione del tempo e sua computazione.

1) Il tempo si divide giuridicamente in anni, mesi e giorni. Il giorno consiste in 24 ore, contando da una mezza notte all' altra (a).

L' anno consta di 365 giorni dal 1.º gennaio fino al 31 dicembre inclusivo.

Il mese consta di 30 giorni, ma naturalmente questo numero varia col variar de' mesi, così vi sono mesi di 30, di 31 giorni, e v' è il mese di febbraio che ne ha 28 (1).

2) Nelle leggi v' hanno due specie di computazione, quella *a momento in momentum*, e l' altra *a die ad diem*; la prima è la così detta computazione naturale, la quale riusciva difficilissima e quasi impossibile presso i Romani (b), onde si dovette far uso della computazione civile (c), ch' è la seconda.

Nelle relazioni giuridiche la computazione, sì civile che naturale, può essere di tre guise:

a) Un anno che incomincia da qualunque momento dal 1.º gennaio, e si ritiene compiuto al primo momento del 31 dicembre, ossia nella mezza-notte tra il 30 al 31 dicembre.

b) Un anno che incomincia da un momento qualunque dal 1.º gennaio, e si ritiene come compiuto all'ultimo momento del 31 dicembre, ossia nella mezza notte del 31 dicembre al 1.º gennaio.

c) Finalmente da un momento qualunque del 1.º gennaio, e si ritiene come compiuto nello stesso momento dal 1.º gennaio dell' anno seguente (computazione naturale).

Il carattere della computazione civile è, che si computa tutto un giorno come se fosse un momento; sicchè non è possibile una ulteriore divisione del giorno, e questo vale tanto se si riguarda il giorno in cui incomincia la computazione, quanto l'ultimo termine di essa: così quando s'incomin-

(a) L. 8. de feriis (2. 12.). *Paulus*. More romano dies a media nocte incipit, et sequentis noctis media parte finitur; itaque quidquid in his XXIV horis, id est duabus dimidiatis noctibus et luce media, actum est, perinde est, quasi quavis hora lucis actum esset.

(b) V. *Savigny*, sist. IV. §. 180.

(c) L. 131. de V. S. (30. 16.). — L. 3. §. 3. de minor. (4. 4.).

cia un fatto da qualunque ora del 1.^o gennaio, e deve continuare per un anno civilmente preso, quel primo gennaio vale sempre per un giorno; come ancora il precedente giorno dell'anno seguente, ossia il 31 dicembre vale per l'ultimo, in guisa che di quest'ultimo giorno si potrà ritenere tanto il primo, quanto l'ultimo momento.

Questo principio è applicato nel seguente modo: quando si richiede uno spazio di tempo, affinchè si fondasse un diritto, avviene che l'ultimo giorno si ritiene come compiuto fin dal suo primo momento (d). Quando al contrario la influenza si rapporta alla perdita e ad un pregiudizio, si ritiene l'ultimo momento dell'ultimo giorno 31 dicembre, perchè fosse ritenuto compiuto l'anno o qualunque altro spazio di tempo richiesto (e). La computazione naturale forma solamente una eccezione, essa avviene in un sol caso (f) (2).

ANNOTAZIONI

(1) La difficoltà di questa divisione è così grande in teoria ed in pratica, che importa esaminarla attentamente. Il mese abbiamo detto constare di trenta giorni; ma questa computazione si oppone alla naturale divisione del tempo, e può in pratica esser contraria al principio di equità; dappoichè dato che uno dovesse perdere un diritto pel non uso di due mesi, e la mancanza d'uso cominciasse in un mese che ha trentuno giorni, egli, stando alla computazione suddetta, prima che scorressero i due mesi naturali, non potrebbe più esercitare il suo diritto: p. e. se la omissione cominciasse ai dieci luglio, quegli ai nove settembre non potrà più far uso del suo diritto. Più equa sembra la computazione del mese civile da un giorno delle calende al medesimo giorno delle altre calende, poichè nel caso nostro i due mesi, incominciati al dieci di luglio, terminerebbero ai dieci settembre; ma a ciò si oppone che i Romani difficilmente applicar potevano questo principio per la mobilità delle none e degl'idi. Onde i giuristi han cercato di dimostrare che i Romani anche negli affari giuridici dividessero il tempo esattamente, e così lo applicassero nelle private questioni. Lo *Schrader* tra gli altri è di opinione che dovrebbero considerarsi il mese come la dodicesima parte di 365 giorni: cioè $\frac{365}{12} = 30$ giorni e 10 ore. Ora la con-

(d) L. 5. qui test. fac. poss. (28.1.). Ved. annot. pag. 1.—L. 183. de manomiss. (40.1.).—L. 134. de V. S. (50.16.).—L. 15. de div. temp. praes. (44.3.).—L. 49. de cond. et demonstr. (33.1.). *Celsus*. Si in annos decem heres dare damnatus, aut quis liber esse iussus est, ovisisio eius temporis die legatum debebitur, et libertas obtinebit. — Ved. annot. 2.

(e) L. 6. de O. et A. (44.7.).—L. 101. de R. I. (50.17.). *Idem*. Ubi lex duorum mensium fecit mentionem, et qui sexagesimo et primo die venerit, audiendus est; ita enim et imperator Antoninus cum divo patre suo rescripsit.—L. 30. §. 1. ad leg. Iul. de adulteriis (48.5.). *Paul.* Sexaginta dies a divortio numerantur; in diebus autem sexaginta et ipse sexagesimus est.—L. 1. §. 9. de suc. edict. (38.9.).—L. 1. §. 5. 6. quando appell. sit. (49.4.).—V. *Vangerow*, Latini Iuniani, Marb. 1833.

(f) L. 3. §. 3. de minoribus (4.4.).

putazione civile per quanto è possibile deve accestarsi alla naturale; e però un mese sarà di 30 giorni, poichè la frazione essendo al di sotto di un mezzo giorno, si trasanda; ma due mesi saranno di 61 giorni, poichè la frazione in questo caso essendo di 20 ore si può computare come tutto un giorno; dippiù 3 mesi importerebbero 91 giorni, 4 mesi 122, 5 mesi 152, 6 mesi 182, con l'avanzo di 12 ore, ed, essendo giuato un mezzo giorno, i 6 mesi si possono contare tanto per 182, quanto per 183 giorni; ma, egli aggiunge, i Romani hanno accettato il primo computo come si rileva dalla Leg. 3. §. 12. *de suis et legit. hered.* (38. 16). conf. con la Leg. 12. *de stat. hom.* (1. 5). (g). La opinione dello *Schrader* è tanto importante in quanto è fondata perfettamente sulle parole della legge 101. de R. I. not. (e): *et qui sexagesimo et primo die etc.* Questa opinione è stata generalmente combattuta, e, come è naturale, i giuristi danno infinite interpretazioni alla legge citata. Il *Savigny* sostiene che non si possa prendere il suddetto frammento nel senso, che Paolo abbia voluto in questo passo stabilire una regola generale d'interpretazione sulle leggi passate e future, le quali facessero menzione di due mesi; spocialmente poi se si riguardano i plebisciti, i quali da molto tempo non si adoperavano come mezzo di esplicitamento del diritto; ma non è improbabile, egli dice, che Paolo in questo luogo indichi il modo come debbesi interpretare ed applicare una determinata legge antica ch' egli aveva prima citata, e che faceva menzione di due mesi; passando quindi in rassegna molte leggi antiche, il *Savigny* si ferma alla legge *Giulia municipalis*, commentando la quale Paolo direbbe: La determinazione della legge (Giulia), secondo cui i reclami contro le elezioni municipali debbono esser fatti fra due mesi, è da intendersi in guisa, che debba esser ammesso anche il reclamo presentato nel 61.º giorno. Ora per combattere la difficoltà dei 61 giorni è d' ammettere che in questo luogo Paolo vuol far valere una più grande estensione di uno spazio di tempo in opposizione ad un altro più breve; il *dies* di Paolo è il giorno delle calende, ma come secondo la sua teoria, si può scegliere una doppia computazione, *Savigny* crede che il giureconsulto romano abbia computato in questo luogo il primo giorno in cui il decemviro eletto abbia avuto contezza della sua elezione; allora il *novissimus dies* è il 61.º giorno, e così per questo perentorio di reclamo il giurista romano dice lo stesso come nella leg. 6. de O. et A. (44. 7.).

Da ciò che siam venuto esponendo si rileva che il *Savigny* in massima combatte la opinione dello *Schrader*, ed accetta in tesi generale che il mese, che noi appelleremo civile, consta di 30 giorni, e che due mesi facciano conseguentemente 60 e non 61 giorni. Rispetto poi alla legge predetta, la quale apparentemente sembra contraddire alla comune opinione, e confermare quella dello *Schrader*, non possiamo ammettere l'interpretazione data dal *Savigny*. Prima di tutto la legge 101 citata parla in modo generale, ed è rotta ogni regola d'interpretazione volendola limitare alla sola legge Giulia: nè vogliamo disputare se Paolo pensasse o no alla legge Giulia municipale, poichè sarebbe inutile, quando la legge di Paolo fa parte integrante di un codice, ed è messa come un principio generale, tanto più che in altre leggi del medesimo codice continuamente due mesi sono computati per 60 giorni (h).

(g) *Schrader*, diss. civili 11. 3.

(h) L. 4. §. 1. — L. 11. §. 6. — L. 15. pr. — L. 29. §. 5. — L. 30. §. 1. ad Leg. Iuliam adult. (48. 3.). Ved. not. e. — L. 40. de reb. cred. (12. 1.). — L. 31. §. 22. de aedil. edicto (21. 1.). *Ulp.* Si quid ita venerit, ut, nisi placuerit, intra praefixitum tempus redhibeatur, ea

Ma ammesso ancora che in questo caso speciale Paolo avesse computato come trede *Savigny*, e che il *dies* in questo luogo indica il giorno delle calende, sorge un'altra difficoltà: imperocchè se si deve ritenere il giorno delle calende e computare nel medesimo tempo i giorni intermedi, si avrà che computato il giorno delle calende in cui il magistrato fu eletto, il medesimo giorno delle calende di due mesi dopo, e contando nel medesimo tempo i giorni tra questi due estremi, secondo i diversi mesi i giorni non saranno sempre sessantuno, ma possono essere 62, 63, e, se vi è per mezzo il mese di febbraio, saranno ancora meno. Di fatti se il magistrato avesse contezza della sua elezione al 1.^o aprile, egli potrebbe secondo la spiegazione di *Savigny* al 1.^o giugno, ch'è il medesimo giorno delle calende produrre il reclamo, ora contando i giorni se ne troveranno 62; così ancora se il magistrato eletto avesse notizia della sua elezione al 1.^o luglio fino al 1.^o settembre, ch'è il medesimo giorno delle calende, saranno 63, e 60 se da gennaio al 1.^o marzo, onde per essere conseguente bisognerebbe limitare ancora il pensiero di Paolo, ed ammettere ch'egli parli di un caso speciale, in quei due mesi che avranno entrambi trenta giorni, il che è impossibile (i).

Altri cercano d'interpretare quel passo ponendo un principio di equità, di che fanno menzione le glosse, e proprio quando la legge parla di mesi si concede per equità un giorno di più, ma non quando parla di *dies*. *G. Gotofredo* al contrario opina, che essendo i mesi di varia lunghezza, 61 giorni sono presi come media di due mesi (k); questa interpretazione è affatto opposta a quelle leggi, che fissano espressamente due mesi per 60 giorni.

Da che queste interpretazioni non sono sufficienti, concludiamo che i Romani contavano il mese legale di 30 giorni (l), e che nella legge 101 il testo è guasto, com'è provato dalla moderna critica, per le cui ricerche è quasi certo che la medesima legge non si legge egualmente nelle Basiliche e presso Eustazio (m); onde è probabile che le parole *et primo* non sieno che una falsa emendazione, che si è creduto fare al testo antico, il quale facilmente suonava *et primo die (postremo die)* (n). Erroneamente lo *Schrader* si fonda sulla legge 3. §. 12. *de suis etc.*; imperocchè secondo la sua opinione, in ogni caso 182 giorni farebbero 6 mesi, laddove, confrontato questo passo con la legge 12 *de stat. hom.*, è chiaro che si voglia intendere 7 mesi, *septimo mense nasci perfectum partum*, nella quale bisogna che si ammetta una poca precisa espressione di Paolo: come ancora la stessa imperfezione di espressione si scorge nella L. ult. pr. C. *de tempor. appell.* (7. 63), nella quale si dichiara che tre mesi contengono 93 giorni.

Oltre a queste poche leggi in tutto il sistema giustiniano il mese è 30 giorni (o).

convenio rata habetur; si autem de tempore nihil convenerit, in factum actio intra sexaginta dies utiles accommodatur emptori ad redhibendum, ultra non. — L. 22. §. 2. C. de iur. deliber. (6. 30.). — N. 115. c. 2.

(i) *Savigny*, O. C. pag. 392. al §. 183.

(k) *I. Gothof.* comm.

(l) *Reinfelder*, l'anno civile del diritto Romano, Stutg. 1829. pag. 116. — *Puchta*, Pandet. §. 74. not. d. Lezioni I. pag. 154. — *Böcking*, Ist. I. §. 121.

(m) V. Basil. edit. *Heimabach* I. pag. 71. — *Eustathius*, edit. *Zachariae*, pag. 149.

(n) *Giornale di Giessen*, n. s. Iluschke II. pag. 169.

(o) L. 40. de reb. cred. (12. 1.). — L. 11. §. 6. — L. 29. §. 5. ad Leg. Jul. adult. (48. 5.). —

(2) Questa computazione ha elevate serie controversie e le opinioni sono così svariate, che riuscirebbe quasi difficile trovare un principio comune. La nostra opinione ci pare fondata sopra leggi che sono abbastanza chiare intorno a ciò.

4) Quanto alla prima computazione:

Ulpiano nella L. 5. *qui test. fac. poss.* così si esprime:

• A qua aetate testamentum vel masculi vel feminae facere possunt, videamus.
• Verius est, in masculis quidem quartumdecimum annum spectandum, in feminis
• autem duodecimum completum. Utrum autem excessisse debeat quis quartumde-
• cimum annum, ut testamentum facere possit, an sufficit complere? Propono, ali-
• quem kalendis Ianuariis natum testamentum ipso natali suo fecisse quartodecimo
• anno, an valeat testamentum? Dico valere; *Plus arbitror, etiam si pridie kalen-*
• *darum fecerit post sextam horam noctis, valere testamentum: iam enim com-*
• plesse videtur annum quartumdecimum, ut Marciano videtur.

Questa legge è stata diversamente intesa, e la maggior parte de' giuristi crede, che le parole di Ulpiano in corsivo indichino la notte dal 31 dicembre al primo gennaio, certamente con poco fondamento; difatti l'ora dopo la sesta della notte non è certamente l'ultima del *pridie kalendarum*, ma la prima dell'ultimo giorno, ossia del 1.º geranio: ora se al giovinetto è permesso di fare il testamento nella prima ora del 1.º gennaio, non avrebbero poi nessun significato le parole di Ulpiano *plus arbitror etc.*, avendo prima nelle parole *ipso natali suo* espressa la medesima idea; possiamo ammettere una ripetizione del medesimo concetto? Or dunque se Ulpiano ha detto in prima che il giovinetto può fare testamento, compito il quattordicesimo anno *ipso natali suo*, e quindi aggiunge *plus arbitror*, ed accenna al giorno innanzi dopo la mezza notte, deve ammettersi assolutamente la prima ora del giorno innanzi, se non si voglia accettare una ripetizione inutile ed un giro di parole. Molto meno potrebbe dirsi che la prima frase di Ulpiano debba intendersi nel senso che colui, il quale volesse fare testamento, dovrebbe aspettare il giorno 2 gennaio, compimento dell'ultimo giorno; sicché il pensiero di Ulpiano sarebbe allora il seguente: il quattordicenne giovinetto deve assolutamente attendere il due gennaio per fare il testamento, ovvero lo potrà fin dalla prima ora del 1.º gennaio? Il testamento, Ulpiano risponde nella seconda frase, sarà valido anche in quest'ultimo caso. Ciò si oppone alle parole stesse della legge: se Ulpiano avesse veramente inteso nella prima parte che l'individuo dovesse attendere la prima ora del giorno 2 gennaio, non si sarebbe espresso in quel modo; stantechè la prima ora del giorno 2 gennaio non è l'*ipsa natalis sua dies*, ma il giorno dopo. Per la qual cosa non ci resta che ad intendere il passo di Ulpiano nella maniera su esposta (p).

Non è diverso il significato delle seguenti leggi:

Ulp. L. 1. de manumiss. (40.1.). • Placuit, eum, qui kalendis Ianuariis natus post
• sextam noctis pridie kalendas quasi annum vicesimum compleverit, posse manu-
• mittere; non enim maiori viginti annis permitti manumittere, sed minorem manu-
• mittere vetari; iam autem non minor est, qui diem supremum agit anni vicesimi ».

L. 1. §. 10. ad SC. Turpill. (48. 16). — L. 28. 3º. §. 22. de aedil. edicto (21. 1.). — L. 22. §. 1. 2. C. de iur. delib. (6. 30.). — N. 115. c. 2. — V. Fangerow. O. c. I. §. 194.

(p) V. Reinfelder, l'anno civile pag. 32. ss. — Lohr, comp. civil. nell'archivio civile XI. 421. — Bachofer, della teoria della computazione civile, rivista di Giessen XVIII, pag. 335. — Fangerow, Latini Iuniani, p. 172. Pandette p. 382. — In contr. Savigny, O. C. p. 381. — Göschen, lezioni sul diritto civile comune I, pag. 591. — Unterholzner, teoria della prescrizione pag. 304.

Così Paolo nella legge 134. de V. S.: *Anniculus non statim ut natus est, sed « trecentesimo sexagesimo quinto die dicitur, incipiente plane, non exacto die, quia « annum civiliter, non ad momenta temporum, sed ad dies numeramus », e nella legge 132 eod. « Anniculus amittitur qui extremo anni die moritur; et consuetudo « loquendi id ita esse, declarat: ante diem decimum kalendarum, post diem decimum kalendarum; neque utro enim sermone undecim dies significantur.*

Serie difficoltà si sono elevate per la legge di Vulneo L. 15. *de div. temp. prae-scr.* (44. 3.) combinata con le leggi di Ulpiano 6. 7. *de usucap.* (41. 3.); e queste difficoltà sono state di tanto peso, che anche alcuni di coloro i quali interpretavano nel senso nostro le leggi di Ulpiano precedentemente citate, per queste seconde leggi si accostano all'opinione da noi innanzi combattuta; in altre parole l'Erb, lo Schweppe e il Koch hanno per fermo che la legge di Vulneo sia da interpretarsi come le prime di Ulpiano da noi trascritte (L. 5. *qui testam. fec. poss.*, e L. 1. *de manoviss.*), per contra le leggi 6. e 7. *de usucap.* debbono intendersi nel senso che, affinché l'usucapione fosse terminata, è mestieri che scorresse tutto il 31 dicembre.

Ecco il tenore di queste tre leggi:

L. 15. *pr. de div. temp. prae-scr.* (Vulneo) « In usucapionibus ita servatur, ut, « etiamsi minimo momento novissimi diei possessa sit res, nihilominus repletur « usucapio, nec totus dies exigitur ad explendum constitutum tempus ».

L. 6. *de usucap. Ulp.* « In usucapione non a momento ad momentum, sed to-tum postremum diem computamus.—Leg. 7. (lo stesso) « Ideoque qui hora sexta « diei Kalend. Ianuar. possidere coepit, hora sexta noctis pridie kalend. Ianuar. im-plet usucapionem ».

Egli è certo, che chi a primo aspetto volesse giudicarne dalla legge 7. special-mente, avrebbe buon fondamento per dire che il termine dell'usucapione si compie nell'ultimo giorno, e proprio all'ora sesta della notte del giorno antecedente a quello in cui s' incominciò a possedere. Considerando per altro profondamente quel passo non si tarderà a conoscere, non esser differente da quelli da noi prima interpretati; cioè che anche in questo luogo debba intendersi il primo momento del giorno ante-riore ossia del 31 dicembre.

L'errore di questi giuristi è avvenuto perchè le parole *sexta hora noctis* furono interpretate per l'ora tra le 11 e 12 del giorno 31; quandochè quell'ora *sexta noctis* indica un sol momento, cioè perfettamente le 12; il che vuol dire il primo momento del giorno 31 (q).

2) Per ciò che riguarda la seconda computazione le differenti interpretazioni si versano sul *novissimus dies*. Paolo L. 6. de O. et A. (44. 7.). « In omnibus tempo-ralibus actionibus, nisi novissimus totus dies compleatur, non finitur obligatio ». Ora il *novissimus totus dies* non indica nè una computazione a *momento ad mo-mentum*, come vorrebbero alcuni (r), nè il medesimo giorno delle calendo ossia la mezza notte tra il 1 ed il 2 gennaio, come vorrebbero altri (s); ma per ultimo giorno è quale comunemente s'intende, l'ultimo di dicembre (t); questo dichiara Paolo

(q) Rainfelder, O. C. pag. 91. — Vangerow, l. c. pag. 384.

(r) Glück comm. V. pag. 567.

(s) Savigny O. C. p. 380. — Unterholzner, l. c. p. 296.

(t) Erb, l. c. pag. 202. — Rainfelder pag. 111.

stesso in altro luogo e specialmente nella L. 30. §. 1. *ad leg. Iul. adulteris* (48. 5). « *Sexaginta dies a divortio numerantur: in diebus autem sexaginta et ipse sexagesimus est* »; dunque i 60 giorni, nei quali il padre ed il marito, iure patris vel mariti, possono fare l'accusa, sono computati in guisa che l'accusatore potrà procedere anche nel 60 giorno. Con qual fondamento poi il Savigny opina in questo caso che Paolo non conta il giorno del divorzio, quando ha espressamente detto: *sexaginta dies a divortio numerantur*? Lo stesso si dica del passo di Ulpiano L. 1. §. 9. de succ. ed. (38. 9.). « *Quod dicimus intra dies centum bonorum possessionem peti posse, ita intelligendum est, ut et ipse die centesimo bonorum possessio peti possit* ».

§. 71.

Del tempo continuo ed utile.

Haubold, De temporis continui et utilis computatione, Lipsiae 1791. — *Savigny*, Sist. IV. §. 189. — *Donelli*, Comm. XVI. c. 8.

1) Uno spazio di tempo può essere considerato o generalmente come una serie non interrotta di piccole frazioni di tempo; e perciò, seguendo ogni frazione immediatamente l'altra, non è concepibile interruzione di sorta, ed il tempo allora appellasi *continuo* (a); ovvero per alcuni casi, nei quali l'azione dovrebbe essere impresa in un tempo della legge determinato (non più di un anno), come una serie interrotta, in cui vengono computati solamente quei giorni in cui l'individuo poteva far valere il suo diritto, trasandando gli altri in cui all'avente diritto fu impossibile intraprendere l'azione: in altri termini il diritto ammette un' interruzione nel tempo fissato per far valere un diritto, e lo ritiene sospeso per tanti giorni, per quanti l'interessato fu impedito, ed allora dicesi *utile*, *utile tempus*, *annus utilis*, *sex menses utiles*, *centum dies utiles* (b) (1).

2) Non qualunque spazio di tempo prescritto dalla legge, e che non sorpassi l'anno è da tenersi come tempo utile; ma bisogna che vi concorran le seguenti condizioni:

a) È ritenuto utile quando l'azione deve seguire innanzi a magistrato.

(a) L. 31. §. 1. de usurp. et usuc. (41. 3.). *Paul.* In usucapionibus mobilium continuum tempus numeratur. — L. 8. C. de dolo (2. 21.). — L. 7. C. de tempor. in int. rest. (2. 53.). *Iustin.* Supervacuum differentiam utilis anni in integram restitutionis a nostra republica separantes, sancimus, et in antiqua Roma, et in hac alma urbe, et in Italia, et in aliis provinciis quadriennium continuum tantummodo numerari ex die, ex quo annus utilis currebat, et id tempus totius loci esse commune, reliquit.

(b) L. 2. pr. quis ordo (38. 15.). *Ulp.* Utile tempus est bonorum possessionum admittendum. Ita autem utile tempus est, ut singuli dies in eo utiles sint, scilicet ut per singulos dies et scierit, et potuerit admittere; ceterum quacunque die nescierit, aut non potuerit, nulla dubitatio est, quin dies ei non cedat. — L. 1. §. 9. 12. de succ. edict. (38. 9.). — L. 19. §. 6. de aed. edicto (21. 1.).

Diritto romano.

Eccettuati sono nondimeno i seguenti casi, ne' quali il tempo è continuo; il perentorio dato a deliberare (c), il termine dell'inventario (d), i 30 giorni durante i quali una donna divisa dal marito potrà notificargli la sua gravanza (e), ed i 50 giorni per avanzare la scusa dalla tutela (f).

b) Il tempo utile è applicabile solamente a' periodi che stabilisce la legge, non a quelli stabiliti per privato arbitrio; i termini perentorii o dilazioni date da un giudice in un processo saranno intese sempre per continue (g).

c) Il tempo può essere utile solamente quando il periodo non sorpassi un anno; mai quando si tratta di un più lungo termine, così nella *bonorum possessio* ed in altre prescrizioni di diverse azioni.

3) Non tutti gli ostacoli possibili escludono i giorni dal computo; conviene che l'ostacolo sia di quelli, che fortuitamente, e temporaneamente impediscono, non di quelli che son proprii di uno stato particolare della persona, e sono per conseguenza perenni. Gli ostacoli del primo carattere, quelli cioè che giovano, possono riguardare sia la persona di colui che deve imprendere l'azione, sia la persona contraria, sia finalmente il magistrato.

a) Quelli del primo caso sono, la prigionia di guerra, il servizio dello Stato, e il carcere (h), ovvero la tempesta, l'infermità che rende impossibile di comparire in giudizio, e quando in tutti questi casi non si è potuto nemmeno trovar procuratori.

(c) L. 19. C. de inr. delih. (6. 30.).

(d) L. 22. §. 1. 2. C. eod.

(e) L. 1. §. 9. de agnos. lib. (25. 3.). *Ulp.* Dies autem triginta continuos accipere debemus ex die divortii, non utiles.

(f) §. 16. Inst. de excus. (1. 25.). — . . . Qui autem excusare se voluit, non appellat: sed intra dies quinquaginta continuos, ex quo cognoverunt, excusare se debent, cuiuscunque generis sint, id est qualitercunque dati fuerint tutores, si intra centesimum lapidem sunt ab eo loco, ubi tutores dati sunt.

(g) L. 3. C. de dilat. (3. 11.). — L. 1. de div. temp. praescr. (44. 3.): *Ulp.* Quia tractatus de utilibus diebus frequens est, videamus, quid sit, experiendi potestatem habere. Et quidem in primis exigendum est, ut sit facultas agendi; neque sufficit reo experiendi secum facere potestatem, vel habere eum qui se idonee defendat, nisi actor quoque nulla idonea causa impediatnr experiiri. Proinde sive apud hostes sit, sive republicae causa absit, sive in vincentis sit, aut si tempestate in loco aliquo vel in regione detineatur, ut neque experiiri, neque mandare possit, experiendi potestatem non habet. Plane is, qui valetudine impeditur ut mandare possit, in ea causa est, ut experiendi habeat potestatem. Illud utique neminem fugit, experiendi potestatem non habere enim, qui Praetoris eopiam non habuit; proinde hi dies cedunt, quibus ius Praetor reddit. — L. 2. C. de temp. et repar. (7. 63.).

(h) L. 3. C. de dilat. (3. 11.). *Constantin.* — Sive pars, sive integra dilatio fuerit data, eo usque indicis officium conquiescat, donec petiti temporis defluerint curricula. Feriae autem, sive repentinae sive solennes sint, dilationum temporibus non excipiantur, sed his connumerentur. — L. 11. §. 5. ad leg. Iul. adul. (48. 5.). Ved. not. pree.

L'ignoranza del proprio diritto non è riguardata come ostacolo, che nella *bonorum possessio*, ed altresì per eccezione nella prescrizione dell'azione (i).

b) Gli ostacoli cagionati dalla parte contraria, possibili solamente nella prescrizione dell'azione, vengono dal non poter muovere l'azione per l'assenza dell'avversario senza procuratori; siccome può avvenire nell'*actio furti*, e nell'*actio vi bonorum raptorum* (k).

c) Finalmente nel terzo caso può venire l'ostacolo legale, quando la persona non trovasi nel luogo ove si amministra la giustizia; per le provincie si teneva conto anche della lontananza, essendochè il periodo di tempo era prolungato di un giorno per ogni 20 miglia romane.

ANNOTAZIONE

La teoria del tempo utile è stata diversamente intesa da altri giuristi, le cui opinioni, essendo state accettate da scrittori di polso, non crediamo inutile di esaminare accuratamente.

I. Prima di tutto alcuni giuristi han creduto che la distinzione tra tempo utile e continuo debba riferirsi al principio o alla continuazione di un'azione, onde fanno le seguenti quattro combinazioni:

- 1) *Tempus utile ratione initii, et ratione cursus;*
- 2) *Tempus utile ratione initii, et continuum ratione cursus;*
- 3) *Tempus continuum ratione initii, et utile ratione cursus;*
- 4) *Tempus continuum ratione initii et cursus.*

Quantunque queste quattro combinazioni fossero accettate da molti giuristi (l),

(i) L. 2. quis ordo (38. 15.). ved. not. p, e pag. 299. — L. 1. de div. temp. praeser. (44. 3.). ved. not. A pag. 295. — L. 6. de calumn. (3. 6.). *Gaius*. Annus autem in personam quidem eius, qui dedit pecuniam, ne secum ageretur, ex eo tempore cedit, ex quo dedit, si modo potestas ei fieret experiundi. In illius vero personam, cum quo ut agatur, alius pecuniam dedit, dubitari potest, utrum ex die datae pecuniae numerari debeat, an potius ex quo cognovit datum esse; quia qui nescit, is videtur experiundi potestatem non habere. Et verius est, ex eo annum numerari, ex quo cognovit. — L. 15. §. 4. 5. quod vi (43. 24.). *Ulp.* Annus autem cedere incipit, ex quo id opus factum perfectum est, aut fieri desit, licet perfectum non sit; alioquin, si a principio operis coepti annum quis numeret, necesse est, cum his, qui opus tardissime fecerent, saepius agi. §. 5. Sed si is sit locus, in quo opus factum est, qui facile non adiretur, ut puta in sepulchro vi aut clam factum est, vel in abdito alio loco; sed etsi sub terra fieret opus, vel sub aqua, vel cloaca aliquid factum sit, etiam post annum causa cognita competit interdictum de eo, quod factum est; nam causa cognita annum exceptionem remittendam, hoc est, magna et iusta causa ignorantiae interveniente. — L. 19. §. 6. — L. 55. de aedil. edicto (21. 1.). — ved. not. n. — L. 2. C. de aed. act. (4. 58.). — L. 8. C. de dolo (2. 21.).

(k) L. 1. §. 7. 8. 9. quando appell. (49. 4.). — L. 2. §. 1. 2. 3. quis. ordo (38. 15.). *Ulp.* In bonorum possessione, quae pro tribunali datur, illud quaeritur, si sedit quidem Praetor pro tribunali, sed postulationibus non dedit; potest dici, tempus ad bonorum possessionem non cedere, quam Praeses aliis rebus, aut militaribus, aut custodiis, aut cognitionibus fuerit occupatus.

(l) *Thibaut*, §. 97. — *Hopfner*, §. 666. — *Glück*, v. 3. §. 269. a. — *Haubold*, l. c. p. 405.

sono nondimeno confuse nella forma, ed erronee nella sostanza. È da notare che tale distinzione è totalmente estranea ai testi, in cui e le espressioni *tempus utile* e *tempus continuum* sono usate nel modo più assoluto. A seguire quelle combinazioni bisognerebbe ammettere p. e. che l'attore al momento che per lui nasce l'azione sia impedito legalmente, ovvero sia mentre scorre il termine. Che questo non sia ammissibile si rileva da ciò, che le leggi non ci danno la minima facoltà a questo riguardo, e che quegli impedimenti, che la legge ci addita come producenti il tempo utile, siano applicabili tanto se avvengono al principio dell'azione, quanto se nella successione del tempo. Da quest'aspetto, ch'è il più naturale, quelle combinazioni non hanno bisogno di ulteriore esame.

Ma i giuristi, che quella opinione sostengono, hanno preso un altro punto di partenza, e tale che, parendo a prima vista venir tacitamente per legge, può facilmente convincere i meno accorti. E di vero il pensiero de' giuristi è il seguente: un'azione giuridica può soffrire ostacolo sia per circostanze esteriori, sia per l'ignoranza che una persona abbia del suo diritto: ora essendo nelle leggi per differenti relazioni giuridiche contemplato sia l'uno sia l'altro ostacolo, ne traggono essi quelle combinazioni: quando cioè i due momenti dell'impedimento esteriore e della ignoranza sono ammessi; quando è ammesso solamente la ignoranza e non gli ostacoli esteriori; quando viceversa; e finalmente quando entrambi i momenti non vengono affatto ammessi, sicchè il motivo dell'ignoranza avviene sempre al principio, esso non potrà venire nel corso del tempo, essendo rimosso dalla conoscenza.

Dicemmo che questa teoria ha qualche eco ne' nostri fonti, e la si scorderà facilmente quando la medesima è messa a confronto con la teoria dell'errore. In effetti l'interdetto *quod vi aut clam* dura un anno utile, cominciando dal momento che fu intrapreso l'atto illecito, e non dalla conoscenza del medesimo; ma quando l'opera è fatta così nascostamente che riuscirebbe quasi impossibile all'attore di conoscere il suo diritto ad agire contro, l'anno incomincia dalla conoscenza (m); ora in questi due casi, nel primo, secondo quei giuristi, vi sarebbe un *tempus continuum ratione initii et utile ratione cursus*, mentre nel secondo caso sarebbe *utile ratione initii et ratione cursus*. Lo stesso si dica delle azioni che nascono dall'editto edilizio, le quali si prescrivono in un anno o meno, poichè, incominciando il tempo a decorrere dal momento ch'è stato concluso il contratto, il tempo sarebbe utile solamente *ratione cursus*; mentre, dandosi la circostanza che il vizio dell'oggetto fosse troppo occulto, e che non è mancato la diligenza del compratore, il tempo incomincia a decorrere non dal momento del contratto, ma da quando il vizio si sia fatto manifesto (n), ed in questo caso sarebbe utile *ratione initii et cursus*.

Questa sarebbe la vera applicazione di questo principio, e guardata la teoria da questo punto di vista, avrebbe certamente una certa apparenza di chiarezza; se non che quei giuristi non sono affatto di accordo fra loro, e mentre si è veduto il caso in cui può avvenire un *tempus continuum ratione initii et utile ratione cursus*, ecco *Thibaut* che ci avverte che questa combinazione non avviene in nessuna relazione

(m) L. 15. §. 4. 3. *quod vi aut clam*. (43. 25.). ved. not. i.

(n) L. 28. §. 6. — L. 35. de aedil. edicto (21. 1.). *Papin.* Quam sex menses utiles, quibus experiendi potestas fuit, rehibitoriae actioni praestantur, non videbitur potestatem experiendi habuisse, qui vitium fugitivi latens ignoravit; non ideo tamen dissolutam ignorantem emptoris excusari oportebit. — L. 2. C. de aedil. act. (4. 58.).

giuridica. Generalmente poi quel principio viene esposto in questa guisa: dove la legge determina, o è certo un tempo utile, deesi comprendere utile *utraque ratione*, altrimenti sarebbe portare una distinzione che la legge in se stessa non ha, dove non è stabilito, possono ammettersi le altre distinzioni (o).

Per rilevare le inesattezze di questa teoria è mestieri innanzi tutto considerare bene il motivo, che solamente è la ragione efficiente di quella distinzione. Il principio fondamentale di questa teorica è la ignoranza, la quale, quando è scusata e porta seco la conseguenza del periodo utile, avviene sempre al principio di una relazione giuridica; non la si può immaginare mai nel corso, essendo già rimossa dalla conoscenza che si è avuta. E veramente se la prescrizione dell'azione dovesse cominciare dalla conoscenza della violazione del proprio diritto, essa non comincia se l'individuo questo ignora; ma appena egli ha conoscenza e la prescrizione incomincia a decorrere, non è possibile che in questo corso si ammetta più l'ostacolo, che già fu rimosso: perciò essa rende, in questo caso, il tempo sempre utile *ratione initii*. Per quanto abbia questo argomento l'apparenza di verità, pure può avvenire il contrario, e nei fonti *Ulpiano* lo determina con parole precise abbastanza nella *leg. 2. pr. quis ordo* (38. 15.): « Fieri autem potest, ut qui initio scierit vel potuerit bonorum possessionem admittere, hic incipiat nescire vel non posse admittere; scilicet si, cum initio cognovisset eum intestatum decessisse, postea quasi certiore nuntio allato dubitare coeperit, numquid testatus decesserit, vel numquid vivat, quia hic rumor perrepererat. Idem et in contrario accipi potest, ut quid ignoravit initio, postea scire incipiat ». Nessun dubbio adunque, il motivo della ignoranza, che può produrre il tempo utile, può essere ammesso in alcuni casi anche mentre il tempo decorre, nè la espressione per mezzo della quale si vuole determinare questo stato è felicemente scelta; poichè secondo quella espressione la malattia, la prigionia o tutti gli ostacoli esteriori possono avvenire tanto al principio quanto mentre scorre il tempo, il che genera un'altra confusione.

Erronea è poi la teoria se ne consideriamo la causa; imperocchè, considerando il principio generale, non si tarderà a riconoscere una teoria inesatta ed ai nostri fonti contraria. Il motivo della ignoranza del proprio diritto non è affatto riconosciuto dalla legge per regola generale, che nella *bon. possessio*, e ciò a causa del particolare carattere di questa istituzione giuridica (p), e per eccezione nella prescrizione delle azioni: così oltre ai casi a questo riguardo citati (note i. m.) possiamo aggiungerne altri; così p. e. l'accusa di adulterio si prescriveva per le donne in 6 mesi da contarsi dall'azione cattiva se vedova, dallo scioglimento del matrimonio se maritata (q): l'*actio Pauliana* si prescrive in un anno computandosi dal momento dell'alienazione fatta e non dalla conoscenza (r); nella sola azione di calunnia che dura ancora un anno, e in quelle poche eccezioni vedute nell'interdetto *quod vi aut clam*, e nelle azioni nascenti dall'editto edilizio, il tempo incomincia a decorrere dalla conoscenza

(o) *Haubold*, l. c. pag. 434. *Glück*, v. III. p. 507. *Götschen*, lezioni f. §. 583. 585.

(p) *L. 2. pr. quis ordo* (38. 15.). *Ulp.* Utile tempus est bonorum possessionem admittendarum. Ita autem utile tempus est, ut singuli dies in eo utiles sint, scilicet ut per singulos dies, et scierit, et potuerit admittere; ceterum quacumque die nescierit, aut non potuerit, nulla dubitatio est, quin dies ei non cedat. — *V. Savigny*, IV. §. 190. p. 434.

(q) *L. 29. §. 5. ad — L. Jul. adul.* (48. 5.). — *L. 4. §. 10. ad SC. Terpill.* (48. 16.).

(r) *L. 6. §. 14. — L. 10. §. 18. quae in fr. cred.* (42. 8.). *Ulp.* Annus huius in factum actionis computabitur ex die venditionis bonorum.

che una persona ha del diritto di agire (s). Per la qualcosa bisogna conchiudere che non è regola generale, ma solamente una eccezione, quando viene presa in considerazione la ignoranza, e, se ciò avviene, non è sempre il caso che rende il tempo utile al solo principio e non al corso di una azione. D'altronde, se, come essi medesimi ci avvertono, quando la legge determina il tempo utile, debba intendersi tale per entrambe le ragioni, qual sarebbe poi il caso in cui debba accettarsi utile in una delle ragioni, e specialmente poi *ratione initii*? quelli forse nei quali è presa solamente in considerazione la ignoranza, e ne' quali vi è determinato il tempo continuo, come p. e.: la scusa per la non accettazione della tutela, il perentorio per deliberare, e per l'inventario, e tutti i perentorii giudiziarii? Ma bisogna ammettere in questi casi un tempo utile quando la legge ce lo dice espressamente continuo? Ora se ai detti giuristi ripugnava di mettere una distinzione nella legge, perchè vorrebbero metterla in questi casi? Dall'altra parte è dichiarato nel testo il perchè questi casi non sono da notarsi nel tempo utile, ed ora aggiungiamo che l'essere o non essere considerata la conoscenza o la non conoscenza di un proprio diritto è perfettamente estraneo alla distinzione del tempo utile e continuo, e questa differenza è stata anche riconosciuta dal nostro diritto (t).

Ciò considerato, le quattro combinazioni rendono la teoria confusa non solo, ma portano seco inevitabili errori, così devesi accettare questo principio che quando la legge parla di tempo continuo ed utile parla nella maniera più assoluta (u).

§. 72.

3) Del giorno intercalare.

Censorinus, De die natali c. 2. — *Breuning*, Diss. ad Celsum in L. 98. de V. S. Lips. 1757. — *Majansius*, Ad XXX. Ictorum fragmenta 1. p. 101. — *Glück*, Com. III. §. 269. *Savigny*, IV. §. 192. — *de Gröning*, Quaestiones et contraversiae de die intercalari, Göt. 1848.

Le regole stabilite per la computazione del tempo suppongono un anno ordinario, ossia l'anno composto secondo il calendario di Giulio Cesare di 365 giorni. Secondo questa misura però nella successione del tempo trovasi ogni 4 anni un giorno di più, che viene aggiunto al mese di febbraio, il quale si prolunga di un giorno. Questa modificazione nel corso del tempo conduce ad una variazione nelle relazioni giuridiche; quando cioè un periodo di tempo avesse principio, o termine negli ultimi giorni di febbraio di un anno bisestile. I Romani mettevano il giorno intercalare non all'ultimo del mese di febbraio come oggi, ma tra il giorno 23 (*terminalia*) ed il giorno 24 (*regifugium*) (1): ed entrambi, il giorno 24 e l'intercalare, erano ritenuti come un solo giorno; stantechè questo

(s) L. 6. de calumn. (3. 6.). ved. not. i. m.

(t) L. 8. C. de dolo (2. 21.).

(u) *Savigny*, IV. §. 190 191.

si considerava come parte integrante del giorno VI, onde la massima *biduum pro uno die habetur* (a). A questa regola del diritto romano sta per fondamento una base naturalissima, poichè se una relazione giuridica cominciava nel *regifugium*, dovea terminare nello stesso *regifugium*, il quale nell' anno bisestile era a' 25 e non ai 24 di febbraio.

Per questo principio si hanno alcune evidenti alterazioni nel computo dei termini: così p. e. nei 30 anni della prescrizione, poichè in questo periodo succedono sette od otto anni bisestili, non sono trenta volte 365 giorni, ma sette ovvero otto giorni di più; e a rigore l' attore avrebbe il vantaggio, di poter essere negligente per parecchi giorni di più senza nulla perdere del suo diritto. Ancora, valendo questo principio tanto se un fatto giuridico incomincia in un anno bisestile e termina in un anno ordinario, quanto se per contrario, noi possiamo farne le seguenti applicazioni.

1) Quando una persona è nata nel 26 febbraio a mezzogiorno, e l' anno di sua maggiore età è bisestile, egli compirà il suo 25° anno nel giorno 27 di febbraio a mezzogiorno, di guisachè egli potrà farsi restituire in intiero in qualità di minore, per affari conclusi prima di mezzo giorno. Al contrario se fosse nato nel giorno 26 di un anno bisestile, il compimento della sua età maggiore ricade nell' anno ordinario ai 25 di febbraio alla medesima ora in cui è nato. Due persone finalmente delle quali l' una sia nata ai 24, l' altra ai 25 del febbraio di un anno bisestile, giuridicamente sono nate nel medesimo giorno; *nihil refert, utrum priore an posteriore die quis natus sit* (b).

2) Quando un individuo ha cominciato ad usucapire il giorno 27 febbraio di un anno bisestile, egli terminerà l' usucapione immediatamente dopo la mezzanotte del giorno 24 al 25 di un anno ordinario; al contrario cominciata la prescrizione ai 27 febbraio di un anno ordinario, il termine che cade in un anno bisestile, sarà compiuto al principio del giorno 27.

3) Finalmente se l' ultimo anno di una prescrizione, cominciata a' 25 di febbraio, è bisestile, l' interruzione ne è possibile per tutto il 25 del medesimo; all' incontro quando si acquista un diritto all' azione ai 25 feb-

(a) L. 98. de V. S. *Cels.* Quum bisextum kalendis est, nihil refert, utrum priore, aut posteriore die quis natus sit, et deinceps sextum kalendas eius natalis dies est, nam id biduum pro uno die habetur; sed posterior dies intercalatur, non prior. Ideo quo anno intercalatum non est, sexto kalendas natus, quum bisextum kalendis est, priorem diem natali habet. §. 1. Cato putat, mensem intercalarem additiciu esse, omnesque eius dies pro momento temporis observat, extremoque diei mensis februarii attribuit Quintus Mucius. §. 2. Mensis autem intercalaris constat ex diebus viginti octo. — L. 3. §. 3. de minor. (4. 4.). *Ulp.* Proinde et si bisexto natus est, sive priore sive posteriore die, Celsus scripsit, nihil referre; nam id biduum pro uno die habetur, et posterior dies kalendarum intercalatur.

b) Ved. not. prec.

braio di un anno bisestile, un tale diritto termina per prescrizione appena è compiuto il giorno 23.

ANNOTAZIONI

(1) Affinchè si potesse veder chiaro il principio e le applicazioni fatte qui sopra, è mestieri conoscere più da vicino il calendario romano, e specialmente il modo come ordinavano l'anno bisestile.

Prescindendo dal calendario di Romolo di 304 giorni divisi in dieci mesi e del quale non trovasi più vestigio nei libri giustinianeî; due calendarii possiamo considerare traî Romani, il così detto calendario di Numa, che fu in vigore fino ai tempi di Cesare; e quello di quest'ultimo chiamato comunemente calendario Giuliano.

Il primo divideva l'anno in dodici mesi i quali contenevano 355 giorni, sicchè ogni due anni si trovava un mese di più, che i primi Romani appellavano *Mercedonius*, il quale aveva ora 22, ora 23 giorni. L'intercalazione era fatta tra il nostro 23 febbraio in cui si celebrava la festa de' termini (*terminalia*), ed il 24 del medesimo nel quale veniva celebrata la festa del regifugio (*regifugium*).

Per questo si tagliavano cinque giorni da febbraio, il quale nell'anno intercalare aveva 13 giorni, ed eran messi come supplemento al *Mercedonio*, il quale perciò aveva ora 27 ora 28 giorni. Da questa combinazione l'anno in media avrebbe avuto la durata di 366 $\frac{1}{4}$ giorni: ma questa essendo eccessiva per regola di astronomia, ogni 24 anni si toglievano in una volta 24 giorni dell'anno corrente, per cui l'anno in media ebbe 355 giorni e un quarto (c).

Di questo mese è fatto menzione nelle Pandette (d) con la notizia che tutti i giorni del mese Mercedonio valevano per un solo momento, e precisamente come complemento del giorno 23 febbraio. È questione se il §. 2. *Mensis autem intercalaris constat ex diebus viginti octo* parli dell'antico mese Mercedonio, oppure del mese intercalare dal calendario giuliano, ossia del mese di febbraio; il Savigny e l'Iseler (e) affermano il secondo supposto; il Wangerow tiene opinione che forse Celso parlava dell'antico mese Mercedonio, ma che i compilatori delle Pandette, i quali poco interesse avevano di questa antica notizia, cambiarono il numero XXII. vel XIII. in XXVIII. per significare il mese intercalare del calendario giuliano il quale avea ancora 28 giorni.

Egli è quasi fuori dubbio che il mese Mercedonio avesse 27 o 28 giorni computandosi i cinque giorni tolti a febbraio, sia perchè Macrobio è abbastanza chiaro su questo proposito (f), sia perchè parrebbe incredibile che i Romani, interrompendo il mese di febbraio al 23º giorno, avessero poi un altro mese, dopo di cui seguitar doveva il mese prima interrotto; è più naturale che facessero terminare il mese ai 23, e seguire un altro fino alla fine. Al contrario non pare niente inverisimile una interpolazione giustiniana a questo riguardo, ma non nel senso di Wangerow; ma piuttosto che Celso volle infatti parlare del mese Mercedonio, e non è difficile che si esprimesse in questa guisa « *mensis autem constabat intercalaris ex*

(c) Savigny, pag. 321. §. 279.

(d) Ved. not. (a) §. 1.

(e) Cronologia, II. p. 58.

(f) Macrobio, Saturnal. I. c. 13. 14.

diebus XXVII vel XXVIII, i compilatori, che poco interesse avevano in questo mese, che più non esisteva, l'hanno espresso in questa guisa: *mensis autem intercalaris constat ex diebus XXVIII* sopprimendo il num. XXVII e cambiando il tempo del verbo in presente, volendo significare il mese intercalare del calendario vigente, ossia il mese di febbraio; questo si può rilevare ancora dal modo come è redatta la legge; poichè nel §. 1. Celso si rapporta ad un' opinione di Catone, Q. Mucio ed i compilatori hanno lasciate illese queste parole per una notizia storica *Cato putat*, mentre nel §. 2. parla o la fanno parlare i compilatori nella maniera assoluta, per il che bisogna intendere questo §. nel senso del calendario allora vigente. Nei manoscritti vulgati in questo luogo trovasi il numero XXIX, ma questo è dipeso certamente da una malintesa correzione del numero XXVIII. (g).

Giulio Cesare nel 708 incominciò la riforma del calendario che fu pubblicato un anno prima della sua morte nell' anno 709. Questo nuovo calendario mise per base che l' anno astronomico componevasi di 365 giorni e 6 ore; si determinò l' anno in 365 giorni, ed ogni quattro anni cadeva un giorno, il quale, come l' antico mese Mercedonio, fu intercalato tra il *terminalia* ed il *regifugium*; e come nell' antico mese, il nuovo giorno valeva per un sol momento, facendo però parte integrante del giorno 24. Per la qual cosa nel calendario non ebbe numero e fu determinato col medesimo numero VI. come il giorno 24, di modo che, quando veniva un simile anno, si avevano due giorni VI. *bis sextus*, onde il nome bisestile.

Nell' anno bisestile adunque i Romani contavano gli ultimi giorni di febbraio in questa guisa.

23 feb.	. . .	dies VII.	Kal. Mart. (Terminalia)	} <i>bis sextus</i>
24 feb.	. . .	dies VI.	" " (intercalaris)	
25 feb.	. . .	dies VI.	" " (regifugium)	
26 feb.	. . .	dies V.	" "	
27 feb.	. . .	dies IV.	" "	
28 feb.	. . .	dies III.	"	
29 feb.	. . .	pridie kal.	Martii.	

Ora secondo la nostra maniera di contare, il giorno intercalare sarebbe il giorno 24, e non il 25 come pensa qualche giurista, il quale non pone mente che se Celso ed Ulpiano dicono *sed posterior dies intercalatur non prior*, essi contano i giorni al rovescio al modo dei Romani.

(2) Il principio generale, che l'intercalare non conta come giorno, soffre alcune eccezioni dettate da una legge di Marcello, sulla quale evvi controversia. La legge contiene cinque casi: 1) *In tempore constituto iudicatis*, 2) *item de tempore quo lis perit*, 3) *si de usucapione sit quaestio*, 4) *aut de actionibus quae certo tempore finiuntur*, 5) *si quis fundum ita vendiderit, ut nisi in diebus triginta pretium esset solutum, inemptus esset fundus, dies intercalaris proficiet emptori. Mihi contra videtur*. I primi due casi sono messi in questione, ma dalle parole che seguono sembra che Marcello avesse voluto decidere solamente il primo di esso, ma quelle stesse parole debbonsi rapportare anche al secondo; quindi seguono due altri casi senza che dalle parole si rilevi una decisione, ma con la congiuntiva sono fatti dipendere dalla prima decisione; da ultimo è portato un altro caso, e particolarmente un caso della legge commissoria, il quale è legato in un modo dubbio con i precedenti « si

quis etc., finalmente chiude il passo *mihi contra videtur*, il che messo assolutamente sembra una contraddizione alla prima opinione, che generalmente si è posta in questione, ed è stata creduta decisiva per un solo caso.

Per la qualcosa alcuni hanno creduto sembrare impossibile che lo stesso scrittore, che prima si è espresso con le parole *sine dubio*, potesse poi contraddirsi così recisamente, e perciò credono che la conclusione « *mihi contra videtur* » fosse una nota di Ulpiano allo scritto di Marcello (h). Se sia o no una nota di Ulpiano, è difficile provarlo, noi siamo chiamati ad interpretare questo testo che dal legislatore ci viene dato per intero. I più hanno creduto che Marcello nei primi quattro casi esponga la regola generale, nel quinto la eccezione, e per armonizzare questa opinione con le parole del testo hanno portato già fin da' Glossatori una leggiera emendazione del testo, mettendo *et si quis fundum* come interrogazione, e così il *mihi contra videtur* sarebbe la risposta; una tale opinione guadagna in probabilità, quando in luogo di leggere *et si leggesse sed set* (i); per mezzo di questa emendazione si mette certamente in rilievo il contrapposto dei primi quattro casi con quest'ultimo. Con tutto questo rimane sempre la questione in quali casi dev' essere applicata la regola generale, in quali altri la eccezione? Secondo la legge di Marcello a quattro casi: cioè nei 30 giorni di delazione data al debitore condannato secondo la legge delle XII. Tav.; quando il giudice deve pronunciare la sentenza in un periodo di tempo, qualora non si volesse far perdere il processo secondo la legge Giulia (k); quindi per la usucapione, ovvero per le azioni che si prescrivono in un certo tempo (breve), come le azioni nascenti dall' editto edilizio; per il caso della legge commissoria poi aggiunto ad un contratto di compra determinato per 30 giorni, non vale la regola generale, ed il giorno intercalare viene contato come giorno; per conseguenza non prolunga il tempo come nei quattro casi precedenti.

Da quello che siam venuti esponendo, si rileva che, affinchè fosse determinato un carattere generale di questa teoria, si possono fare due riflessioni. Innanzi tutto si può stabilire questa regola, che quando si fa parola di mesi e di anni allora il giorno intercalare non può essere considerato come giorno a sè, ma è ritenuto come lo stesso giorno seguente; mentre quando il tempo è stabilito a giorni, come il quinto caso di Marcello, allora il giorno intercalare, essendo di fatto un giorno, dev' essere computato (l). Questa è la opinione de' Glossatori e di tutti gli antichi giuristi. Questa opinione è stata contrastata a ragione negli ultimi tempi specialmente da Savigny e Gröning (m) per le seguenti ragioni. Se il giorno intercalare per regola generale non è per se stesso un giorno, non dev' essere computato nè quando un periodo richiesto è espresso ad anni o mesi, nè quando a giorni, oltrechè in uno dei quattro casi di Marcello specialmente il primo il periodo di tempo dato al debitore

(h) *Merillius*, obs. VII. 18. — *Schulting*, *Iurispr. antejust.* p. 333.

(i) *Binkershoek*, obs. IV. 8.

(k) *Gai.* Inst. IV. §. 104. *Legitima sunt iudicia, quae in urbe Roma vel intra primum urbis Romae milliariū, inter omnes cives romanos sub uno iudice accipiuntur; eaque lege fidei iudiciaria, nisi in anno et sex mensibus iudicata fuerint, expirant; et hoc est quod vulgo dicitur, civium romanorum a lege Julia litem anno et sex mensibus mori.*

(l) Ved. *Glossa videtur* ad leg. citat; — *Alciat.* in L. 98 ad V. S. — *Lauterbach*, XXIV. 3. §. 4. — *Voet*, l. XLIV. 3. §. 2. — *Binkershoek*, obs. IV.

(m) *Savigny*, l. c. p. — *Gröning*, l. c. 32. sqq.

condannato è espresso perfettamente a giorni (30 giorni), e pur cionondimeno il giorno intercalare prolunga la dilazione medesima.

È impossibile che a questo riguardo si potesse accettare la sfuggita di *Binkershoek*, cioè che i 30 giorni delle XII. Tavole collettivamente si potevano prendere per un mese; imperocchè lo stesso sarebbe per il caso della legge commissoria. La opinione più fondata secondo quei due giuristi è che debbasi fare la distinzione, se un periodo di tempo è determinato per legge, ovvero per contratto. Nel primo caso la regola nel giorno intercalare, essendo data dalla legge, conseguentemente qualora la legge determina un periodo di tempo, e questo incomincia o termina nel mese intercalare, non deve essere computato il giorno: di questo carattere sono tutti i quattro casi di Marcello. Tutt' altro è poi quando il tempo è determinato dal contratto; giacchè questo caso è dipendente tutto dalla intenzione delle parti e non da una legge: così se gl'interessati hanno messo un termine di 30 giorni, è presumibile ch'essi intendevano 30 volte 24 ore, nè vi è motivo a ritenere assolutamente che pensassero al giorno intercalare: se al contrario avevano stabilito un anno è naturale ch'essi pensavano al medesimo giorno delle calende dell'anno vengente, sicchè in questo caso di fatto l'anno viene prolungato di un giorno, lo stesso si dica se trattavano a mesi pensando al ritorno del giorno delle calende.

Questa opinione è anche, insieme con l'altra espressa nella Glossa, ritenuta da qualche scrittore antico (n).

§. 73.

4) Del tempo immemorabile.

Thibaut, §. 74. — *Savigny*, IV. §. 195.

Quando alcuno ha esercitato un diritto per tanto tempo che sorpassi l'umana memoria, si presume che egli sia per legge speciale, sia per qualunque altro modo, abbia acquistato legittimamente quel diritto. Le leggi romane applicano questa regola specialmente quando si tratta di opere durature, che di gran lunga sopravvivono agli uomini ed ai secoli; e questo tempo è chiamato *vetustas*.

Affinchè la presunzione sia legale conviene che:

1) Il fatto sia di tal natura che riesca impossibile provarne il cominciamento, e deve esistere da lungo tempo nella medesima guisa (a).

2) Questo fatto deve essere provato, al che può servire la testimonianza di coloro, de' quali la memoria si estende almeno per quarant'an-

(n) *Cuiac*. de div. temp. praes. c. 3.

(a) L. 2. §. 8. de aqua et aquae plu. (39. 3.). *Paul*. Idem *Labeo* ait, quam quaeritur, an memoria extet facto opere, non diem et Consulem ad liquidum exquirendum, sed sufficere, si quis sciat factum, hoc est, si factum esse non ambigatur; nec utique necesse est, superesse, qui meminierint, verum etiam si qui audierint eos, qui memoria tenuerint. — L. 28. de prob. 22. 3.). — L. 7. C. de fund. rei priv. (11. 63.). — L. 14. C. de fund. patrim. (11. 61.).

ni, oltrechè si richiede che tra le persone viventi nessuno si ricordi di uno stato contrario.

3) La efficacia di questa pruova può essere ancora di nessun momento, qualora venisse provato che in un tempo anteriore allo stato attuale, il principio di questo diritto è stato illegale.

La vetustà trova applicazione per le strade, per le opere che tutelano la proprietà dall'acqua corrente, e per gli aquedotti.

1) In quanto alle vie v' era la massima generale che quando una via era costruita sopra terreni privati, era di privata appartenenza, e poteva essere impedito il passaggio agli altri viandanti; ma quando da tempo immemorabile questi ultimi passavano, non si poteva più impedirli, ed allora la strada diveniva pubblica e di uso comune.

2) In quanto alle opere per tutelare la proprietà dell'acqua piovana eravi un'antichissima legge, la quale proibiva al proprietario di un fondo di fare arbitrariamente nella sua proprietà tali opere, come piantagioni, argini ed altro, per cui l'acqua piovana allagasse il fondo del vicino (b); ma quando una simile opera era stata da tanto tempo, che nessuno degli esistenti si ricordava uno stato contrario, la vetustà era tenuta per legge, ed era supposta legale la fondazione di quella opera attualmente esistente (c).

3) Circa all'aquedotto evvi controversia, essendochè la servitù acquistandosi anche per prescrizione pare inutile la prova del tempo immemorabile; secondo il *Savigny*, devesi intendere l'aquedotto pubblico, del quale, non essendovi proprietario, non è possibile la prescrizione; ed una concessione su tale aquedotto, di cui forse si è sperduto il titolo, non può essere giustificata, se non per mezzo del tempo immemorabile (d).

§. 74.

3) Della efficacia del tempo sulle relazioni giuridiche in generale.

Il tempo può variamente operare sulle giuridiche relazioni, di modo che nei più importanti istituti giuridici il tempo si rappresenta come parte integrante o come condizione necessaria del fatto che produce la perdita o l'acquisto di un diritto (a), e specialmente la influenza si manifesta nelle seguenti forme.

(b) L. 1. §. 1. 13. L. 11 de aqua et aquae pluviae (29. 3.).

(c) L. pr. 2. §. 8. de aqua et aq. pl. (39. 3.). — Ved. not. a.

(d) *Savigny*, l. c. §. 197.

(a) L. 7. 31. de re iud. (42. 1.). — L. 2. 3. C. de us. rei iud. (7. 51.). — L. 13. C. de usuris (4. 32.). — L. 3. C. de err. adv. (2. 10.).

1) L'esistenza di un diritto può dipendere solamente da ciò, che un'azione ovvero un'omissione dura seguitamente per un determinato spazio di tempo; onde viene:

a) L'antichissima istituzione della usucapione, per la quale s'acquista la proprietà in forza del continuato possesso per un tempo determinato, e per analogia di essa il *non usus* o la *longa quasi possessio* delle servitù.

b) La prescrizione dell'azione ossia la perdita del diritto di agire per una continuata negligenza dell'attore; e molti casi nei quali l'interessato perde tale facoltà per una inazione non interrotta per un dato tempo; come ad esempio la perdita del diritto della restituzione per negligenza di quattro anni; i termini per un giudizio determinato dalle leggi; il termine fissato per l'agnizione della *bonorum possessio*; la prescrizione per l'*exceptio non numeratae pecuniae*; i cinquanta giorni per la scusa di chi non vuole accettare la tutela (b); il perentorio per l'inventario (c), ecc.

2) L'acquisto o la perdita del diritto può dipendere dalla continuazione nel tempo di uno stato indipendente dall'umano arbitrio, e qui il tempo opera da sè; di questa natura sono quegli acquisti e quelle perdite che dipendono dalle gradazioni dell'età.

3) Gli effetti di un negozio civile possono aver cominciamento, o termine in un tempo stabilito ad arbitrio de' privati (§. 53.).

§. 75.

III. Della contrapposizione de' diritti.

Quando più diritti s'incontrano nello stesso subbietto o sullo stesso obbietto in modo che tutti si possono far valere, nasce una semplice concorrenza; ma se differenti diritti concorrono in modo che l'esercizio di uno osta ed impedisce l'esercizio dell'altro, v'è allora la contrapposizione de' diritti, intorno a cui è d'uopo notare le seguenti regole:

1) Un diritto speciale è preferito ad un altro meno speciale, e per conseguenza sarà preferito il diritto singolare al diritto comune; al diritto singolare il privilegio, ed a questo il privilegio più speciale: *et illud potissimum habetur, quod ad speciem directum est* (a).

(b) §. 16. Inst. de excus. (1. 25.). — Qui autem vult se excusare, si piures habeat excusationes et de quibusdam non probaverit, alia uti intra tempora non prohibetur. Qui autem excusare se volunt, non appellant; sed intra dies quinquaginta continnos, ex quo cognoverunt, excusare se debent, cuiuscunque generis sint, id est qualitercunque dati fuerint tutores, si in centesimum lapidem sunt ab eo loco, ubi tutores dati sunt.

(c) L. 22. §. 2. 3. C. de iur. delib. 6. 30.).

(a) L. 80. de R. l. (50. 17.). Papin. In toto iure generi per speciem derogatur, et illud potissimum habetur, quod ad speciem directum est.

2) Quando i diritti che si contrappongono hanno medesima natura, è preferito il diritto più antico al più recente, così il privilegio anteriore è preferito al posteriore; o pure il pegno più antico al più recente, qualora per questo la legge non determinasse in qualche caso speciale la preferenza.

Se le leggi nulla dispongono, secondo il *Thibaut* (b), bisogna distinguere la diretta dalla indiretta opposizione, cioè quando i diritti opposti sono uno contro all'altro: p. e. se un minorenne volesse far valere la restituzione contro un altro minorenne; e quando due o più diritti s'incontrano sul medesimo oggetto. Nel primo caso bisogna fare una triplice distinzione:

a) Quando alcuno tratta di evitare un danno positivo, e l'altro un guadagno, sarà preferito il primo.

b) Quando non decide questa regola, allora decide il possesso (c).

c) Quando non può applicarsi questa regola, i diritti si neutralizzano (d).

È d'avvertire però che la prima regola viene contrastata, non essendo riconosciuta una collisione, in quanto che sulla base delle leggi sui minori non vi ha lesione del mutuante, restando arricchito dal mutuo (e).

Se poi si tratta di più diritti diretti al medesimo obbietto p. e. nel concorso dei creditori contro il patrimonio sufficiente del debitore; è preferito quegli che ha il possesso della cosa, ma dato che possesso non vi fosse, allora se la cosa è divisibile si divide, se indivisibile si neutralizzano i diritti, ovvero decide la sorte, quando uno dei diritti dev'essere assolutamente esercitato (f).

3) Quando più diritti concorrono in opposizione nel medesimo subbietto, dipende dall'arbitrio dell'interessato di far valere quello che più gli conviene. Quando insieme concorrono un diritto limitato ed un altro

(b) *Thibaut*, Saggi, II. 14.

(c) L. 11. §. 6. — L. 34. pr. de minorib. (4. 4.). *Paul.* Si minor viginti quinqueannis filiofamilias minori pecuniam credidit, melior est causa consumantis, nisi locupletior ex hoc inveniat litis contestatae tempore is, qui accessit. — L. 128. pr. de R. J. (30. 17.).

(d) L. 36. de dolo malo (4. 3.). Si duo dolo malo fecerint, invicem de dolo non agent. — L. 17. de per. et com. rei vend. (18. 6.). — L. 39. solut. mat. (24. 3.).

(e) L. 11. §. 6. L. 34. de minor. (4. 4.). — Ved. not. (c).

(f) L. 6. §. 7. — L. 24. quo in fraud. cred. (42. 8.). — L. 128. de R. I. — L. 13. C. de rei vind. (3. 32.). — L. 33. de leg. (30.). — L. 42. 43. de her. inst. (28. 5.). — §. 23. Inst. de leg. (2. 20.). — L. 13. 14. de iud. (5. 1.). *Ulp.* . . . sed quum ambo ad indicium provocant, sorte res discerni solet. — L. 5. fam. ercisc. (10. 2.). — L. 38. pr. §. 1. de re iud. (42. 1.). — L. 8. de pactis (2. 14.).

illimitato, il primo cessa *ipso iure*: questo è il caso della confusione, p. e. se un individuo acquista un fondo sul quale aveva una servitù, questa si estingue immediatamente.

APPENDICE V.

Legge Cincia sulle donazioni (§. 65. pag.).

Savigny, Ragionamenti storici, IV. V. VI.

La legge Cincia del Tribuno M. Cincio Alimento, nel 550 di Roma, versava sulla forma e sul quanto della donazione. In quanto alla forma questa legge statul che non vi poteva essere donazione senza immediata trasmissione di proprietà o di possesso (a), che doveasi fare naturalmente secondo la qualità delle cose donate: così per i terreni mancipii richiedevansi la mancipazione e la tradizione, la sola tradizione pei provinciali; parimente per le cose mobili chiedevansi, secondo che erano *res mancipi* o no, la tradizione e la mancipazione, o solamente la prima; a questa disposizione si aggiungeva un'altra, che il donatario per proteggere il suo possesso con l'*interdictum utrubi* bisognava che possedesse la maggior parte dell'anno, ovvero, se mancava l'emancipazione, si poteva provvedere con l'usucapione.

Eranvi però persone le quali potevano donare e ricevere una donazione liberamente, senzachè fossero necessarie le sopradette regole; queste erano *personae exceptae legis Cinciae*, ed erano i congiunti fino al quinto grado, del sesto solamente il *subrinus*, *privigna*, *nonerca*, *vitricus*, *socer*, *socrus*, *gener*, *nurus*, *vir et uxor*, *sponsus et sponsa*; il liberto per le donazioni al patrono, il tutore per le donazioni al pupillo.

La donazione non sottoposta alle determinazioni della legge Cincia, non poteva esser considerata come valida in questo senso, che al donante era data una *exceptio legis Cinciae* contro l'azione del donatario fondata sopra una donazione simile; oppure poteva esser data una *replicatio* in caso che il proprietario volesse rivendicare le cose donate, ed il donatario volesse far valere l'*exceptio donationis*; in fine il donante aveva la *condictio* per tutto ciò ch'era passato nella proprietà del donatario *contra legem*.

Ben si vede che la legge Cincia era legge imperfetta, ossia non produceva *ipso iure* la nullità dell'atto, nè prescriveva una pena, ma dipendeva esclusivamente dalla volontà del proprietario se la donazione dovesse o no valere; cosicchè quando la sua volontà persisteva a non voler

(a) Frägm. Vat. 310-313 — eod. framm. 313. 293. 311.

rivocare la donazione, o col non intentare le azioni contro il donatario, o non servendosi delle eccezioni contro le azioni di lui, la legge in discorso non poteva essere applicata, e quindi, morto il donante, la donazione fatta *contra legem* rimaneva per sempre convalidata (b), salvo se prima di morire non avesse fatto intendere di avere cambiata intenzione su ciò; poichè in questo caso anche gli eredi potevano giovare efficacemente dei medesimi mezzi per oppugnare la donazione.

In rapporto alla quantità era stabilito che non si potesse donare oltre a 500 solidi; essendovi le medesime conseguenze per qualunque donazione maggiore della somma assegnata (c).

CAPITOLO VI.

MEZZI PER TUTELARE I PROPRII DIRITTI

§. 76.

Del mezzi in generale.

In vario modo è concesso di tutelare i proprii diritti; ma è sempre vietato di farsi giustizia da sè stesso, chè il patrocinio de' diritti debb'essere legittimo e legale. Il mezzo può consistere nell'assicurare il diritto della persona contro una violazione arbitraria di un'altra azione; così ancora il mezzo giuridico può essere di tal natura che si oppone all'azione dell'attore, la quale col mezzo legale porta una violazione nel diritto del reo convenuto; il diritto può dipendere dai mezzi processuali, finalmente può essere straordinariamente dato, come la restituzione per intero.

SEZIONE I.

DEI MEZZI PRIVATI.

§. 77.

Del mezzi privati e delle pene private.

Nel libero esercizio de' proprii diritti consiste la libertà individuale e l'armonia dello Stato, sicchè non si tosto il campo dell'attività individuale è violato, si viola la libertà dell'uomo, e rimane infranta l'armonia

(b) *Fragm. Vat.* 226. 306. 310.

(c) *Puchta, Corso delle Istit.* II. pag. 38.

dello Stato; spetta a questa grande personalità sotto il cui patrocinio il diritto si svolge e si applica, ristabilire l'ordine ed assicurare ad ognuno la cerchia delle sue proprie azioni, dando il mezzo per difendere i proprii diritti. L'uso della propria forza, dell'autorità privata per proteggere la propria libertà nell'esercizio dei diritti è illegale, perocchè l'impiegare l'autorità o la forza privata per proteggere i proprii diritti è attribuire a sè stesso i diritti dello Stato e mettere il proprio arbitrio in luogo della legge, e per conseguenza non è meno una violazione dello Stato. Questo concetto non può non avere piena applicazione in uno Stato ben ordinato, e solamente in alcune rare circostanze, quando l'imminente pericolo della propria persona rende vana ed inefficace l'azione della pubblica autorità, è concesso all'individuo di respingere con la propria forza la violenza (*moderamen inculpatæ tutelæ*).

Nè diverso è il principio del diritto romano, e quantunque nel più antico tempo le forme simboliche con le quali era avviluppato il processo, ci danno campo a pensare, non essere l'uso della propria forza ed autorità sempre vietato in un tempo in cui lo Stato non era ancora perfetto; pure il diritto, qual si presenta nel suo svolgimento e nella sua perfezione, consacra nella maniera più solenne il principio accennato, e l'uso illegale della propria autorità porta pregiudizievole conseguenze a colui che la esercita: senza aver riguardo se una simile azione fosse fatta per proteggere un diritto, non di rado vediamo nel romano diritto applicate le pubbliche pene, come quelle della legge Giulia *de vi publica vel privata*.

Quello che più ci riguarda in questo luogo sono le pene private per colui che mette la sua autorità in luogo della legge, le quali son sancite da un *Decretum D. Marci*, quantunque più tardi fossero state estese generalmente a tutti i casi da altri imperatori.

Il *decretum D. Marci* prescrive adunque, che colui il quale, avendo un diritto di obbligazione, si soddisfa da sè stesso senza ricorrere alla pubblica autorità, indifferentemente se con la forza o col semplice impossessarsi degli oggetti del debitore, perde totalmente quel diritto. Questo decreto concerne non solo quelle obbligazioni che son dirette ad una determinata specie, ma ancora quelle che riguardano una quantità a un genere (a). Lo stesso succede, se il creditore costrinse il debitore a rilasciar-

(a) 1) L. 7. ad L. Iul. de vi privata (48. 7.). *Callistr.* Creditores, si adversus debitores suos agant, per iudicem id, quod debere sibi putant, reposcere debent. Alioquin si in rem debitoris sui intraverint, id nullo concedente, D. Marcus decrevit, lus herediti eos non habere. Verba decreti hæc sunt: Optimum est, ut, si quas putes te habere petitiones, actionibus experiaris; interim ille in possessione debet morari, tu petitor es; et quum Marcianus diceret: vim nullam feci; Caesar dixit: tu vim putas esse solum, si homines vulnerentur? vis est et tunc, quoties quis id, quod deberi sibi putat, non per iudicem reposcit; non puto autem nec verecundiae,

gli alcuna cosa, o allo stesso scopo s' impossessa delle cose di un terzo, o dei figli del debitore (b).

A questo decreto si rannoda la costituzione di Valentiniano, Teodosio ed Arcadio, con cui si determina che colui che strappa il proprio oggetto dalle mani del possessore, perde il diritto di proprietà; ancora colui il quale s' impossessa a viva forza d' una cosa altrui (*qui alienarum rerum possessionem invaserit*) deve non solo restituire l' oggetto, ma è condannato anche al prezzo del medesimo. Questa legge differisce dal preallegato decreto in due punti essenziali: in questo si tratta del diritto di obbligazione ed in quella del diritto di proprietà; il decreto è applicato anche quando non s' adopera la forza, mentre la legge suppone necessariamente la violenza (c).

§. 78.

II. Diritto di ritenzione.

G. L. Bömer, De iure retentionis elusque effectis, Goett. 1774. — Puchta, Pandectae §. 94. n. 6.

Alle regole esposte nel precedente paragrafo v' è eccezione, quando in alcune circostanze la legge permette l' uso della privata autorità per garentire un proprio diritto. Questa è la facoltà data al creditore di ritenere un oggetto del suo debitore, finchè non sia soddisfatta la obbligazione (a).

Affinchè questo diritto potesse esercitarsi conviene:

- 1) Che l' oggetto sia nel vero possesso del creditore *nec vi, nec clam, nec precario*; e però:
- 2) Che l' oggetto sia idoneo al possesso:

nec dignitati tuas convenire, quidquam non iure facere. Quisquis igitur probatus mihi fuerit, rem ullam debitoris non ab ipso sibi traditam sine ullo iudicio temere possideri, eumque sibi ius in eam rem dixisse, ius crediti non habebit. — Conf. L. 13. quod met. caus. (4. 2.). — L. 12. §. 2. L. 13. quod. met. causa (4. 2.).

(b) N. 52. c. 1. — N. 134. c. 7.

(c) L. 7. C. unde vi (8. 4.): *Valent. Theo. et Arcad.* Si quis in tantam furoris pervenerit audaciam, ut possessionem rerum apud fiscum vel apud homines quoslibet constitutarum ante eventum iudicialis arbitrii violenter invaserit, dominus quidem constitutus possessionem, quam abstulit, restituat possessori et dominium eiusdem rei amittat. Sin vero alienarum rerum possessionem invaserit, non solum eam possidentibus reddat, verum etiam aestimationem earundem rerum restituere compellatur. — §. 1. Inst. vi bon. rapt. (4. 2.). — §. 6. Inst. de interdict. (4. 15.).

(a) L. 23. §. 4. — L. 48. de R. V. (6. 1.). — L. 1 pr. de pign. (20. 1.). — L. 14. §. 1. comm. div. (10. 3.).

3) Che vi sia un' obbligazione legalmente costituita e perfetta (b), onde non si potrà mai avere diritto di ritenzione per obbligazioni fatte sotto condizione. Ma il termine e specialmente il *dies certus* non fa ostacolo a questo diritto.

4) Convien da ultimo che l' obbligazione abbia connessione con l' oggetto da ritenersi, il che può avvenire così:

a) Il mercatante potrà non consegnare le merci vendute, finchè il compratore non ne paghi il prezzo, o non adempia gli obblighi contrattati (*exceptio non dum impleti contractus*) (c).

b) Nei contratti bilaterali ineguali quegli che ha l' azione contraria, come il mandatario, potrà ritenere l' oggetto in vece d'intentare l' azione.

c) L'erede potrà ritenere l'obbietto del legato finchè il legatario non presti cauzione secondo la legge Falcidia. Similmente il proprietario, che ha costituito un usufrutto, può ritenere l' oggetto, finchè l' usufruttuario non presti cauzione.

d) È legittimo il diritto di ritenzione anche quando la obbligazione nasce dalla cosa stessa che si vuol ritenere; così quando un oggetto in qualunque modo ha prodotto un danno nella cosa altrui, il proprietario danneggiato potrà ritenerlo, finchè non venga risarcito del danno.

e) Finalmente quando si è speso per la cosa stessa, (*impensae*, per le quali vedi §. 37.

Quanto agli effetti, questo diritto non dà altra facoltà al ritenente che la semplice e sola ritenzione; nè può essa generare un possesso civile. Non può, chi ritiene, usare dell' obbietto ritenuto; e se egli ne prendesse disposizione o l' alienasse, si applicherebbero contro lui le prescrizioni del decreto *D. Marci*. Da ultimo, dato che il diritto di ritenzione è in favore del ritenente, questi sarà responsabile di ogni colpa.

Il mezzo con cui il ritenente può far valere il suo diritto è l' *exceptio doli*.

(b) L. 23. de pign. (20. 1.). — *Modest.* Quam vitiose vel inutiliter contractus pignoris intercedat, retentioni locus non est, nec si bona creditoris ad fiscum pertineant. — V. *Linde*, Giornale di Giessen 1. N. 21.

(c) *Banfey*, Museo del Reno VIII. N. 1. — *Sartorius*, Giornale di Giessen. XX. 1. — L. 5. §. 4. de doli met. exc. (44. 4.). — L. 13. §. 8. de act. emt. vend. (19. 1.). — L. 57. pr. de aed. edict. (21. 1.).

SEZIONE II.

DELLE AZIONI.

T. Inst. de actionibus (4. 6.). — T. D. De obligationibus et actionibus (44. 7.). — T. C. De obligationibus et actionibus (4. 10.). — *Donelli*, Comment. ad tit. Inst. de actionibus Anv. 1384 (in opp. tom. VI). — *Bachov*, Tractatus de actionibus, Francof. 1623. — *Böhmen*, Doctrina de actionibus Francof. 1787. — *Savigny*, Sistema v. V. — *Bonjean*, Traité des actions 2. vol. Paris 1843.

§. 79.

I. Concetto generale.

Il potere di svolgere la propria personalità nell'ordine del diritto sarebbe vano, qualora non si desse all'uomo la facoltà di difenderlo, e farlo valere per vie legali. Ora questa facoltà necessaria ad accertare ed assicurare i diritti appellasi azione, la quale da questo lato è essa stessa un diritto (a). D' altra parte puossi intendere sotto il nome di azione l'attività, la quale in forma esteriore si manifesta, o tende a chieder l' aiuto, affinché il proprio diritto fosse riconosciuto, e difeso contro la violazione di un determinato avversario. In quest' ultimo significato l' azione è un mezzo per porre in atto la facoltà di difendere il proprio diritto, ed a questo concetto appartengono non solo le azioni propriamente dette, ma ancora le eccezioni, gl'interdetti, ed il mezzo straordinario della restituzione in intero (b).

Nel senso più ristretto della parola i Romani intendevano sotto il nome *actio* l'azione personale, quella, cioè, che nasce da obbligazione, ed è diretta contro una determinata persona; laddove quelle che potevano esser dirette contro ogni terzo, o vogliam dire le azioni reali ebbero in origine il nome di *vindicationes*, o *petitiones*. Ciò era quando si procedeva nei giudizii ordinarii; chè se la procedura era *extra ordinem*, le azioni non avevano nè il nome di *actiones*, nè di *petitiones*, ma eran dette *persecutiones* (c).

(a) L. 51. de O. et Ac. (44. 7.). *Cels.* Nihil aliud est actio, quam ius, quod sibi debeatur, indicio persequendi.

(b) L. 37. cod. *Ulp.* Actionis verbo continetur in rem, in personam, directa, utilis, praedictum, sicut ait Pomponius; stipulationes etiam, quae praetoriae sunt, quia actionum instar obtinent, ut damni infecti, legatorum, et si quae similes sunt. Interdicta quoque actionis verbo continentur. — L. 1. de except. et praeser. (44. 1.).

(c) L. 178. §. 2. de V. S. *Ulp.* Actionis verbum et speciale est et generale; nam omnis

Nell' ultima riforma il nome *actio* fu accettato per tutte le forme e specie di azioni. Di qui viene che l' azione è nel medesimo tempo un diritto ed un mezzo, ed affinchè fosse fondato il diritto principale, è mestieri che anzi tutto vi fosse una violazione. L' azione richiede inoltre che vi sieno almeno due persone l' attore (*actor*), ed il reo convenuto (*reus*, *possessor*); secondamente è d'uopo che si avesse la idoneità di esercitare questo diritto secondo le regole generali della idoneità (§. 42.).

II. Specie di azioni.

§. 80.

1) Delle azioni reali personali e pregiudiziali.

1. Essendo i diritti origine e causa delle azioni, ne viene che queste seguono la divisione di quelli, e come si distinsero i diritti in reali e personali, così le azioni ancora sono o reali o personali. È azione personale (*actio in personam*) quella che nasce da una obbligazione, o da tale relazione giuridica, che determini senz' altro la persona, contro cui dirigersi deve l' azione. Ogni altra azione, che tuteli qualunque diritto che obbligazione non sia, è reale (*actio in rem*); in essa non lo stesso diritto, come nella personale, ma la violazione del diritto determina la persona del reo (a). (1).

2) Questo corrisponde esattamente alla natura e carattere dei diritti; e di vero il diritto reale impone un obbligo universale negativo; e, come ognuno può contrapporsi a questo diritto negandolo, l' azione non è possibile prima che esso non venga violato; per la qual cosa l' azione reale tende a riaffermare il proprio diritto contro qualunque terzo possessore.

All' incontro stando il diritto personale in ciò, che il debitore dia,

actio dicitur, sive in personam, sive in rem sit petitio; sed plerumque actiones personales solemus dicere, petitionis autem verbo in rem actiones significari videntur; persecutionis verbo extraordinarias persecutiones puto contineri, ut puta fideicommissorum, et si quae aliae sunt, quae non habent iuris ordinarii executionem. — Vcd. Appendice VI. in fine del pres. capitolo.

(a) §. 1. *Iust. de action. (4. 6.)*: *Omnium actionum, quibus inter aliquos apud iudices arbitrosve de quacumque re quaeritur, summa divisio in duo genera deducitur; aut enim in rem sunt, aut in personam. Namque agit unusquisque aut cum eo, qui ei obligatus est, vel ex contractu, vel ex maleficio; quo casu proditae sunt actiones in personam, per quas intendit, adversarium ei dare aut facere oportere, et aliis quibusdam modis. Aut cum eo agit, qui nullo iure ei obligatus est, movet tamen alicui de aliqua re controversiam: quo casu proditae actiones in rem sunt.*

faccia, o presti qualche cosa al creditore, l'azione sorge fin da quando è nato il diritto, determinata essendo la persona a cui può esser diretta (b).

3) Da ciò risulta che l'azione reale è diretta contro ogni terzo, la personale contro una speciale persona; ma sarebbe lontano dal vero, chi prendesse queste due qualità come caratteri essenziali, talmentechè si potesse per mezzo di esse sempre riconoscere l'azione reale dalla personale; imperocchè vi ha delle azioni personali, le quali sono dirette contro un indeterminato avversario, come il contrario può darsi nelle azioni reali; così a mo' d'esempio l'*actio ad exhibendum*, diretta contro qualunque trovassi casualmente in condizione di esibire la cosa, vien qualificata quale azione *in personam* (c). Similmente l'*actio de aqua et aquae pluviae* personale, è diretta contro il possessore con qualche limitazione (d); lo stesso si dica delle azioni *noxxali* che sono azioni *ex maleficio servorum*; poichè anch'esse son dirette contro qualunque terzo, ed ancora l'azione ed i danni apportati dagli animali, ecc. (e).

Dall'altro canto vi sono azioni reali che son dirette contro determinate persone; fra cui innanzi tutto è da ricordare la *hereditatis petitio*, la quale non è diretta contro qualunque possessore come la *rei vindicatio*, ma contro chi possiede *pro herede*, o *pro possessore* (f).

Ciò vuol dire che l'essere un'azione diretta contro qualunque terzo possessore, o contro una determinata persona non è esatta caratteristica per distinguere le azioni: ma conviene esaminare se essa nasce da obbligazione, o da diritto reale.

Oltre a queste differenze essenziali possiamo considerarne altre due di grande importanza. Circa l'origine dell'azione, la personale nasce appena è fatta la obbligazione, non così l'azione reale, che nasce solo quando è possibile un convenuto, ossia qualora un terzo si mette in contraddizione col nostro diritto di proprietà: in altre parole nell'azione personale

(b) L. 25. pr. de O. et Ae. (44. 7.). *Ulp.* Actionem genera sunt duo: in rem, quae dicitur vindicatio, et in personam, quae conditio appellatur. In rem actio est, per quam rem nostram, quae ab alio possidetur, petimus, et semper adversus eum est, qui rem possidet. In personam actio est, qua eum eo agimus, qui obligatus est nobis ad faciendum aliquid vel dandum, et semper adversus eundem locum habet.

(c) L. 3. §. 13. ad exhib. (10. 4.). — *Ulp.* Sciendum est, adversus possessorem hac actione agendum, non solum eum, qui civiliter, sed et eum, qui naturaliter incumbat possessioni.

(d) L. 6. §. 5. de aqua et aquae pluv. (39. 3.). — ved. anc. L. 7. pr. §. 1. quod vi (43. 24.).

(e) §. 5. Inst. de nox. act. (4. 8.). *Omnia autem noxalis actio caput sequitur. Nam si servus tuus noxiam commiserit, quandiu in tua potestate sit, tecum est actio; si in alterius potestatem pervenerit, cum illo incipit actio esse, et si manumissus fuerit, directo ipse tenetur, et extinguitur noxae deditio. — L. 1. §. 12. si quad (9. 1.). — Ved. anc. L. 1. §. 13. quod leg. (43. 3.). — L. 7. pr. de publ. (39. 4.).*

(f) L. 9. de hered. pet. (5. 3.). *Paul.* Regulariter definiendum est, eum demum teneri petitione hereditatis, qui vel ius pro herede, vel pro possessore possidet, reliq.

non è strettamente necessario che il diritto venisse violato, ma è sufficiente che sia fondata l'obbligazione; per contrario l'azione reale non è possibile in niun modo prima che il diritto reale non fosse turbato. L'altra differenza radicale si manifesta nella prescrizione; perocchè estinguendosi l'azione personale per prescrizione, si estingue nel medesimo tempo l'obbligazione; ma se l'azione reale viene a mancare per prescrizione, non si estingue nel medesimo tempo il diritto di proprietà, potendosi ancora contro altri intentare una *rei vindictio* (g).

Oltre all'azione *in personam* ed *in rem* in un sol caso i fonti rammentano un' *actio in rem scripta*, la quale è da considerarsi come vera azione personale; è erroneo il dire che questa azione appartenga alla categoria delle personali ed unitamente delle reali; imperocchè il motivo di colui il quale *metus causa* possiede una cosa, non è quello di stabilirsi contro il diritto di proprietà dell'attore, poichè dal momento che si conosce la cosa non esser propria, nasce l'obbligo della restituzione. Non importa che essa è intentata contro qualunque possessore, e che non si fonda sopra un contratto o quasi-contratto; imperocchè, prescindendo dalle ragioni addotte, che molte azioni personali possono essere intentate contro qualunque terzo, e qualche azione reale contro una determinata persona, è da considerarsi, che la legge può fondare anche obbligazioni sopra altri motivi (2).

II. Intendasi comunemente per azioni pregiudiziali, quei mezzi che garantiscono lo stato della persona come dicono le stesse Istituzioni, e risalgono allo stato antico del diritto, nel quale ogni relazione nascente dallo stato di famiglia si faceva valere con azione reale; onde le pregiudiziali non fanno categoria a parte, ma vanno comprese fra le azioni reali (h). Ma una grande differenza corre tra le azioni reali e le pregiudiziali, inquantochè per nascere le prime è mestieri che vi sia violazione del diritto, ciò che non è possibile nelle pregiudiziali, le quali sono di forma preparatoria, donde il loro nome; e per conseguenza nell'antico processo formulario mancavano della *condemnatio* (i). Per la qualcosa oggi intendosi per azione pregiudiziale qualunque domanda provvisoria per accettarsi di uno stato; e serve di fondamento ad una quistione giuridica in giudizio; in questo significato le azioni pregiudiziali non vanno nè sotto la categoria delle azioni personali, nè sotto quella delle reali (j).

(g) L. 8. §. 1. C. de praescr. 30 ann. (7. 39.).

(h) §. 13. Inst. de actionibus (4. 6.): Praejudiciales actiones in rem esse videntur, quales sunt, per quas queritur, an aliquis liber vel libertus sit, vel de partu agnoscendo.

(i) Ved. Appendice VI. alla fine del capitolo.

(j) Savigny, vol. V. §. 207.

ANNOTAZIONI

(1) La divisione delle azioni *in rem* ed *in personam* nascente da quella de'dritti in reali e personali è stata concepita da' giuristi o troppo ampiamente o troppo ristrettamente.

Il *Thibaut* pone la seguente teorica. Quando i Romani dicono che qualche cosa sia *in rem* o *in personam*, il significato dottrinale di questa locuzione è il seguente; tuttociò che ha efficacia assoluta intendevano essi *in rem*; tutto ciò che ha natura limitata come privilegi, eccezioni, patti reali, *in personam*. Questo è ancora il significato della divisione in *actiones personales* ed *in rem*, e per conseguenza fa d'uopo comprendere con questa espressione le azioni di valore assoluto, le quali indipendentemente dallo speciale obbligo del reo convenuto, costringono chiunque si metta contro il diritto dell'attore. Ed è tanto vero che questo e non altro sia il significato delle parole *in rem actiones*, che le azioni pregiudiziali, le quali riguardano lo stato di una persona, e che certamente non hanno per obbietto la cosa, sono messe dai Romani nella categoria delle azioni reali (i).

Questo concetto del diritto e delle azioni reali datoci da *Thibaut* ci pare esagerato: imperocchè le espressioni *in rem* ed *in personam* spesso hanno il significato volgare, e dinotano i diritti e le azioni che si versano o sulla persona o sulla cosa. I testi in vero, senz'attendere all'efficacia assoluta o ristretta del diritto, quando vogliono determinare l'azione reale così si esprimono: *actio qua res postulat, quae rerum gratia movetur, actio de rebus, actio quae rem sequitur, actio in ipsas res* ecc. (k).

Quanto alle azioni pregiudiziali l'opinione del *Thibaut* ch'è la comune, cioè che le azioni pregiudiziali appartengano alle azioni reali, è oggi fortemente combattuta. E di vero il *Thibaut* con gli altri argomentano esclusivamente dalle Istituzioni le quali dettano: « *Præiudiciales actiones in rem esse videntur, quales sunt per quas* » *quaeritur, an aliquis liber, vel libertus sit, vel de partu agnoscendo* (l).

La prima interpretazione a questo passo è di Teofilo, che, essendo stato uno dei compilatori delle Istituzioni, può senza obbiezione esser considerato come competente a giudicare un passo di un codice, che avca egli stesso compilato. Egli ci avverte essere le azioni pregiudiziali domande provvisoriale, o provvedimenti temporanei in una questione, e per stabilire le basi del futuro giudizio; tanto più che il significato originario del vocabolo *præiudicium* si rapporta non all'oggetto dell'azione, ma alla sua forma di procedura, ch'era una formola con la sola *intentio* senza la *condemnatio*, che usavasi ancora per determinare preventivamente lo stato della persona. Quest'interpretazione di Teofilo fu troppo duramente contraddetta, ma la

(i) §. 13. *Inst. de act.* (4. 6.).—Ved. not. preced.;—confr. L. 40. §. 1. *de test. milit.* (29. 1.) *Paul.* *Idem respondit, ex testamento eius, qui iure militari testatus esset, servum, qui, licet sub conditione, legatum meruit, etiam libertatem posse sibi vindicare.*—L. 32. *pr. de liber. cau.* (40. 12.).

(k) L. 3. 7. §. 1. *C. de praescript. quat. ann.* (7. 39.).—L. 2. *C. si unus ex plurib.* (8. 32.) — L. 22. §. 4. *fam. ereisc.* (10. 2.).

(l) *Thibaut, de genuina iur. person. et rer. indole, Kic! 1796.*—Saggi vol. II. *dissert. 2.*—*Sist.* §. 62. 63.

scoverta delle Istituzioni di Gaio le ha dato piena ragione; in un passo dice questo giurista: « Certe intentio aliquando sola invenitur, sicut in praedicialibus formulis, qualis est, vel quanta dos sit, et aliae complures »; vedesi quindi che la stessa formola fu adoperata anche in altre domande che non si riferivano allo stato della persona (m).

Per la qualcosa è da conchiudersi contro il *Thibaut* che le azioni pregiudiziali non appartengono nè alle azioni in *rem*, nè alle azioni in *personam*.

Dopo aver esaminato il senso troppo ampio dato dal *Thibaut* alle azioni reali e personali, giova esporre il significato per contra troppo ristretto dato dal *Duroi* (n); il quale opina non essere le azioni in *rem* una specie delle azioni, ma determinate singole azioni; e specialmente quelle che nascono dal diritto di proprietà sopra una *res corporalis*; essere le altre azioni che comunemente si appellano reali, azioni utili, estese ad altri diritti, come ai *ius in re aliena* e alla eredità: non altrimenti dell'*actio publiciana* data a chi non ha dominio; dell'*actio in rem* del superficario e dell' enfiteuta; dell' *actio in rem hypothecaria*, azione reale sulla proprietà altrui senza diritto di dominio. Onde pel *Duroi* l'azione reale non è propriamente che l'azione nascente dal diritto di proprietà sulla cosa corporale (n).

Basta guardare solamente ai testi per convincersi del contrario: perocchè l'*actio in rem* non ci vien determinata come l'azione nascente dalla proprietà sopra cosa corporale, tanto che per questa si adopera ancora l'espressione più generale di *rei vindictio*, che invano vorrebbe negare il sopradetto autore (o).

(2) Oltre alle azioni reali e personali, si ammette comunemente un'altra specie di azioni, le quali partecipano dell'una e dell'altra, e perciò queste nuove azioni sono conosciute col nome di azioni miste.

Han dato origine a questa terza categoria tre azioni d'un carattere speciale, le quali, sebbene nascano da un obbligo e per conseguenza abbiano la natura delle azioni personali, si allontanano nondimeno da queste, perchè con esse si decide una questione di proprietà, e da questo lato partecipano delle azioni reali. Queste azioni sono quelle conosciute ancora sotto il nome di divisorie e precisamente l'*actio familiae erciscundae*, *communis dividundo*, *finium regundorum*. I giuristi che accettano questa terza categoria si fondano sopra un passo delle Istituzioni, che dice a questo proposito: « Quaedam actiones mixtam causam obtinere videntur tam in rem, quam in personam. Qualis est familiae erciscundae actio, quae competit cohæredibus de dividenda hereditate, item communis dividundo, quae inter eos redditur, inter quos aliquid commune est, ut id dividatur; item finium regundorum, quae inter eos agitur, qui confines agros habeant. In quibus tribus iudiciis permittitur iudici, rem alicui ex litigatoribus ex bono et aequo adiudicare, et, si unius pars praegavare videbitur, eum invicem certa pecunia condemnare (p) ». Ma qualo-

(m) *Gai. Inst.* IV. §. 44. III. §. 123.

(n) *Duroi*, *Archivio civile* vol. VI. pag. 232. 386

(o) §. 19. *Inst. de obl. quae ex delict.* (4. 1.) — L. 7. de R. V. (6. 1.) *Paul.* Si is, qui obtulit se fundi vindicationi, damnatus est, nihilominus a possessore recte petitur, sicut Pedius ait. — L. 7. §. 8. de publ. act. (6. 2.). — L. 2. de tigno iuncto (47. 3.); — L. 1. fin. reg. (10. 1.); — L. 1. §. 17. si is, qui test. lib. (47. 4.); — L. 35. §. 4. de contrahen. emt. (18. 1.). — L. 8. C. depos. (4. 34.); — L. 10. C. de rescind. vend. (4. 44.); — L. 3. 4. C. de pact. inter emt. et vend. (4. 54.); — L. 12. C. de furtis (6. 2.) — Ved. *Vangerow*, O. C. 1. §. 113.

(p) §. 20. *Inst. de act.* (4. 6.).

ra bene si considerano, non si tarderà a ravvisare in esse il carattere di azioni personali.

E di vero queste azioni sono dirette all'obbligo del coerede di dividere la eredità, all'obbligo del condomino di dividere l'obbietto comune, o di regolare i confini; esse non son dirette a rivendicare la parte dell'obbietto, e se una questione di proprietà è risolta, lo è per conseguenza, ma non certamente per lo scopo dell'azione ch'è sempre per l'obbligo della divisione. Questo concetto è anche materialmente espresso presso de' Romani. Al tempo della procedura formolaria ogni azione avea tre parti distinte: la natura dell'azione si ricavava dalla parte media, la *intentio*, che, se esprimeva obbligo l'azione era in *personam*, se rivendicazione di un obbietto, era reale; ora le tre anzidette invece di tre parti, ne aveano quattro nella formola, essendo dopo la *intentio* aggiunta l'*adiudicatio*; la *intentio* che determinava il carattere dell'azione era in *personam*, l'*adiudicatio* in *rem*, e questa non era se non la conseguenza della *intentio*; a questo punto storico si rapportano le parole di Giustiniano *mixtam causam obtinere videntur tam in rem, quam in personam*. Onde volendo determinare il carattere delle azioni divisorie, le diremo personali; nè i Romani pensavano diversamente, e Paolo così scrive: *Finitum regundorum actio in personam est*.

§. 81.

2. *Actiones directae et utiles, vulgares et in factum, in ius et in factum conceptae.*

L'azione, quale originalmente era posta, nel caso e nella condizione di cose previste dalla legge, prendeva nome di *actio directa*. Ma quando dai casi dati, l'azione si estendeva ad altri nuovi, o a nuove circostanze di quei casi, appellavasi *utilis*; perocchè essa era fatta utile in altre condizioni di cose, che quelle prevedute. Tale estensione nasceva veramente da una finzione: perchè altri utilizzasse l'azione, mettiano, del proprietario o dell'erede, era supposto ch'egli fosse proprietario od erede; onde l'altro nome di *actiones fictitiae* (a), chè tali erano senza dubbio riguardo alla forma del procedimento, come *utiles* per la cagione di loro essere (*utilitas*) (b). In due modi potevasi concedere per altri casi l'azione diretta, e renderla quindi utile:

1) quando un principio legale può essere applicato ad altri casi si-

(a) *Gai. Inst. IV. 34-38. §. 34. Habemus adhuc alterius generis fictiones, in quibusdam formulis: velut cum is qui ex edicto bonorum possessionem petit, ficto se herede agit; cum enim praetorio iure et non legitimo succedat in locum defuncti, non habet directas actiones reliq.*

(b) *Gai. Inst. II. §. 253 — §. 4. Inst. de fid. hered. (2. 23.). — Ulpiani, Fragn. XXVIII. §. 12. Hi, quibus ex successorio edicto bonorum possessio datur, heredes quidem non sunt, sed heredis loco constituuntur beneficio praetoris. Ideoque seu ipsi agant, seu cum his agatur, fictitiis actionibus opus est, in quibus heredes esse finguntur.*

mili; onde se per la originaria relazione giuridica eravi un' azione diretta, questa veniva applicata utilmente al caso simile (c);

2) quando un' azione per diritto rigoroso è estinta, o non v' è, *aequitatis causa* può essere data o novellamente ammessa; il che principalmente avviene per la restituzione in intero (d).

La distinzione di azioni dirette ed utili non stava nell' efficacia di esse, ma bensì nel modo della formola, e propriamente si distinguevano nella parte *media*, che appellavasi *intentio*; laonde questa distinzione valida e necessaria nell' *ordo iudiciorum privatorum*, poichè nel sistema di Giustiniano tutto fu agguagliato al modo del giudizio straordinario, non può avere che un significato storico; mercè cui sappiamo esser *diretta* l'azione nel suo primitivo rigore, ed *utile* per la larghezza usata in un' istituzione giuridica (e).

II. Affine a questa distinzione è l'altra delle azioni volgari e in *factum*. Le azioni volgari, *iudicia prodita*, eran quelle, che avevano una precisa, e determinata formola già registrata nell' editto del Pretore. In *factum* dicevansi quelle azioni, le quali mancavano di questa determinata e certa formola, ma questa era assegnata secondo il caso pratico e secondo le circostanze del medesimo; e ciò per la potestà che avea il Pretore di formulare un' azione per ogni nuova relazione giuridica (f). Generalmente quasi tutte le azioni utili nella loro forma sono in *factum*, eccetto quelle le quali non nascono dalla estensione di una determinata azione fuori della sua sfera ordinaria, ma sono esclusivamente fondate nell' equità, come l' *actio praescriptis verbis*.

III. Non bisogna certamente confondere questa divisione con l'altra dell' *actiones in ius et in factum conceptae*. Le prime erano quelle che avevano una *iuris civilis intentio*, ossia quelle che affermano la esistenza

(c) L. 2. §. 5. de aqua et aquae plu. (39. 3.). *Paul.* . . . Quamquam tamen deficiat aquae pluviae arceandae actio, utamen opinor, utilem actionem vel interdictum mihi competere adversus vicinum, si velim aggerem restituere in agro eius, qui factus mihi quidem prodesse potest, ipsi vero nihil nociturus est; haec aequitas suggerit, et si iure deficiamus. — L. 21. pr. de act. rer. amot. (25. 2.).

(d) *Gai.* Inst. IV. §. 38. — L. 20. §. 1. de tutelae, et rat. distraen. (27. 3.). — L. 30 de mortis causa don. (30. 6.). — L. 20. de iure fisci (49. 11.). *Papin.* Sed revocata pecunia in fideiussorem liberatum utilis actio dabitur. — L. 21. pr. de praescr. verb. et in fact. actionib. *Ulp.* Quoties deficit actio vel exceptio, utilis actio vel exceptio est.

(e) *Savigny*, O. C. V. §. 215. — L. 47. §. 1. de neg. gest. (3. 5.). *Paul.* Nec refert, directa quis, an utili actione agat vel conveniatur; quia in extraordinariis iudiciis, ubi conceptio formularum non observatur, haec subtilitas supervacua est, maxime quam utraque actio eiusdem potestatis est, eundemque habet effectum.

(f) L. 1. pr. de praes. et in fact. act. (19. 5.). *Papin.* Nonnunquam evenit, ut cessantibus iudiciis proditis et vulgaribus actionibus, quam proprium nomen invenire non possumus, facile descendamus ad eas, quae in factum appellantur. Sed ne res exemplis egeat, paucis agam.

di una relazione giuridica fondata sul diritto civile. Le azioni *in factum conceptae* sono quelle le quali nella *intentio* affermano solamente un fatto, cosicchè questa seconda parte non si distingueva dalla dimostrazione, anzi entrambe le prime proposizioni erano insieme fuse. Quelle azioni che contenevano una formola perfetta con la *intentio*, che determinava la questione di diritto civile rigoroso, erano dette *in ius conceptae*; le altre con le quali si richiamava l'attenzione del giudice non nel diritto, ma sul fatto e, secondochè lo trovasse fondato, questi dovea condannare od assolvere il reo convenuto, si dissero *actiones in factum conceptae*. Ora una certa corrispondenza tra le azioni *in factum* e quelle *in factum conceptae* vi è in quanto tutte le azioni *in factum* sono anco *in factum conceptae*, se non che le azioni nascenti dai contratti innominati dette *actiones in factum civiles*, ovvero *actiones praescriptis verbis* avevano una formola *in ius concepta*; poichè secondo la testimonianza dei fonti si rileva, che tali azioni avevano una *civilis intentio*, e che appartenevano alle azioni di buona fede, le quali non potevano essere se non *in ius conceptae* (g).

§. 82.

3. *Actiones bonae fidei, stricti iuris, condictiones.*

Ganz, Diritto di Obbligaz. Eidelberga 1819. I. — Steyer, De summario Romanorum iudicio seu de stricti iuris, et bonae fidei actionibus, Lipsiae 1822. — Bachofen, De Rom. iud. civilib. de legis actionibus de formulis et de condictione, Gotting. 1840. — Puchta, Corso delle Istituz. §§. 165, 269. — Savigny, Sist. V. §. 218. ss. — Append. XIII. XIV.

Le azioni personali si suddividono in *actiones stricti iuris* o *condictiones*, ed in *actiones bonae fidei*. Le prime eran quelle, nelle quali pel carattere dell' affare giuridico in questione che si riferiva ad un obbietto determinato, il giudice doveva decidere rigorosamente secondo la formola del Pretore ed i termini dell' atto conchiuso, nè gli si permetteva di decidere altrimenti in via di equità; la sua sentenza non poteva attribuire nè più, nè meno di quello che risultava dall'atto e dalla formola che riceveva dal Pretore, che la determinava in questi termini precisi: *dare oportere*, o *dare facere oportere*. Al contrario quelle azioni personali, le quali, nascenti da vicendevoli legami, e fondati sul credito e sulla buona fede, lasciavano al giudice un potere alquanto più ampio di decidere la questione secondo il principio di equità, si appellavano *actiones bonae fidei*. Quindi

(g) L. 6. de praescript. verb. (19. 5). — Savigny, Sist. V. §. 217. — Vangerow. o. c. §. 138.

nelle prime il giudice prendeva a base della sua decisione l'obbligo del convenuto secondo l'atto giuridico e la legge, nelle seconde l'equità e la fede delle parti. Un tale carattere era espresso nelle parole della formola in questa guisa: *quidquid Nm. Nm. Ao. Ao. dare facere oportet ex fide bona*, ovvero *quod aequus melius*, etc. Le prime ebbero perciò il nome di *stricti iuris actiones*, *condictiones*, *iudicia*, le altre quello di *bonae fidei actiones*, ovvero anche *arbitria* (a).

La *stricti iuris actio* nasce da quei negozi giuridici, l'obbietto de' quali è un *certum* (b), e che sono conchiusi per una formola rigorosamente civile, come è la *verborum obligatio* (*stipulatio*), e la *litterarum obligatio* (c); l'obbligazione ch'è base ad una tale *actio* è strettamente unilaterale. All'incontro se la obbligazione sorge da un contratto consensuale, da un patto, e che fonda un'*actio contraria* come il mandato, il comodato, il deposito, e che in fine ha per obbietto un *incertum*, genera un'*actio bonae fidei* (d).

Sulla importanza pratica di siffatta distinzione è da osservare, che:

1) La *bonae fidei actio* permette di portare un giudizio più libero nell'affare che è il fondamento dell'azione, stantechè il giudice non è legato alle precise parole ed espressioni, come regolarmente avviene nelle altre azioni (e).

2) L'azione di buona fede sorge per motivi pei quali è impossibile intentare un *actio stricti iuris*. Verbigrazia quando in un affare giuridico vi è dolo, o violenza, come il diritto prende in considerazione questi motivi pel principio di equità (§§. 43. 44), nei giudizi di buona fede vi si potrà provvedere con la medesima azione del contratto, non si potrà del pari nei giudizi di stretto diritto; dalle antiche leggi tali motivi non erano per nulla considerati, e dalle nuove si è provveduto con altri mezzi.

(a) Gai. Inst. IV. 47. — Cic. Top. c. 17. de off. III. c. 13. 16. 17. — L. 5. §. 4. de in lit. inr. (12. 3.).

(b) L. 9. pr. de reb. red. (12. 1.). Ulp. Certe conditio competit ex omni causa, ex omni obligatione, ex qua certum petitur.

(c) Pr. Inst. de lit. oblig. (3. 21.). . . . Sic fit, ut hodie, dum quaeri non potest, scriptura obligatur; et ex ea nascitur conditio, cessante igitur verborum obligatione.

(d) §. 28. Inst. de actionib. (4. 6): Actionum autem quaedam bonae fidei sunt, quaedam stricti iuris. Bonae fidei sunt haec: ex emto, vendito, locato, conducto, negotiorum gestorum, mandati, depositi, pro socio, tutelae, commodati, pignoratitia, familiae erciscendae, communi dividundo, praescriptis verbis, quae de aestimato proponitur, et ea, quae ex permutatione competit, et hereditatis petitio: quamvis enim usque adhuc incertum erat, sive inter bonae fidei iudicia connumeranda sit hereditatis petitio, sive non, nostra tamen constitutio aperte eam esse bonae fidei disposuit.

(e) L. 99. de V. O. (43. 1.). — L. 7. de negat. gest. (3. 5.). Paul. . . . tantundem in bonae fidei iudiciis officium iudicis valet, quantum in stipulatione nominatum eius rei facta interrogatio. — L. 31. §. 20. de aed. ed. (21. 1.).

Similmente quando in un contratto vi è un patto aggiunto, nei giudizi di buona fede l'azione del contratto può essere diretta anche al *pactum adiectum*, non così nelle azioni di stretto diritto, sebbene nel nuovo diritto si è data una più mite decisione su ciò (f).

3) Non minore è la differenza in rapporto alle eccezioni; imperocchè nelle azioni di stretto diritto erano permesse solamente quelle eccezioni espressamente determinate nella formola; mentre nei giudizi di buona fede, in virtù di più largo potere concesso al giudice, questi poteva prendere in considerazione anche le eccezioni prodotte innanzi a lui, e trascurate innanzi al Pretore (*in iure*) (g). È d'avvertire però che qui si fa parola delle vere eccezioni nel più stretto significato della parola, e non di quelle eccezioni o fatti, i quali annullano *ipso facto* il diritto di agire dell'attore: poichè tali eccezioni non erano messe nella formola ed erano sempre prodotte in giudizio.

4) Egualmente rilevante è la differenza pel giuramento in lite, ed in rapporto al punto di partenza per la stima in giudizio; imperocchè nelle azioni di stretto diritto il punto di partenza è la contestazione della lite, mentre nelle azioni di buona fede è la *condemnatio* (h).

5) Quando in un negozio di stretto diritto è stabilito un luogo di pagamento, valeva la regola, che l'azione dovea essere intentata perfettamente in quel determinato luogo; ed affinchè fossero eliminate le inconvenienze che potevano venirne, il Pretore lasciava un' arbitraria azione (*actio de eo quod certo loco*), in forza di cui l'attore invece d'intentare l'azione nel luogo designato dall'atto civile, aveva la facoltà d'intenterla in altro luogo. Nelle azioni di buona fede all'incontro questa nuova azione non è punto necessaria, dappoichè ciò potrà fare il giudice secondo la natura del contratto stesso (i).

(f) L. 7. §. 5. de pactis (2. 14.). — L. 40. de reb. cred. (12. 1.). — Savigny, Sist. VII. pag. 127.

(g) L. 21. soluto matr. (24. 3.). Ulp.... Etsi non pater experiretur, sed post mortem eius filia sola de dote ageret, idem erit dicendum, quoniam enim doli exceptio insit de dote actioni, ut in ceteris bonae fidei iudiciis, potest dici, ut et Celso videtur, inesse hunc sumtum actioni de dote, maxime si ex voluntate filiae factus sit. — L. 3. de rescind. vend. (18. 5.).

(h) L. 3. §. 2. commod. (13. 6.). Ulp. in hac actione, sicut in ceteris bonae fidei iudiciis, similiter in litem iurabitur, et in rei iudicandae tempus, quanti res sit, observatur, quamvis in stricti, litis contestatae tempus spectetur. — L. 22. de reb. cred. (12. 1.). — L. 4. de cond. trit. (13. 3.). — L. 28. de nov. (46. 2.).

(i) L. 7. de eo quod. certo loco (13. 4.). Paul. In bonae fidei iudiciis, etiamsi in contrahendo convenit, ut certo loco quid praestetur, ex emto, vel vendito, vel depositi actio competit, non arbitraria actio. §. 1. Si tamen certo loco traditurum se quis stipulatus sit, hac actione utendum erit. — §. 33. Inst. de act. (4. 6.).

ANNOTAZIONE

Quali azioni appartengano alla prima classe e quali all'altra è controverso; ma le ultime investigazioni a questo proposito ci hanno condotti a' seguenti risultati:

1) Innanzi tutto è da rigettare l'opinione che tutte le azioni fossero divise in azioni di stretto diritto e di buona fede, mentre in verità questa divisione non si estende che ad un piccolo cerchio di azioni. Ad esse appartengono solamente quelle che hanno una formola in *ius concepta*, ne sono per conseguenza escluse le azioni onorarie e le *persecutiones*.

Di più non tutte le azioni in *ius conceptae* entrano in questa divisione, ma solo quelle che sono in *personam*, e di queste quelle che sorgono da negozii civili, ossia da contratti e quasi contratti.

2) Appartengono per conseguenza al numero delle azioni di stretto diritto:

a) L'azione nascente da una *verborum obligatio*, o da una stipulazione, e ciò pel carattere rigoroso di questa forma di obbligazione (k).

b) L'azione nascente da una *literarum obligatio*, non esclusa la nuova di Giustiniano (l).

c) Le azioni *ex testamento* tanto nel caso d'un legato *per damnationem*, quanto di uno *sinendi modo* (m). Le azioni per un fidecommesso appartenevano certamente al numero delle *persecutiones*, e quindi non sono nè di stretto diritto nè di buona fede, quantunque materialmente fossero considerate quale libere azioni; donde segue che, in virtù della *exaequatio legtorum et fideicommissorum* di Giustiniano nell'ultima legislazione, le azioni *ex testamento* non possono più essere annoverate tra le azioni di diritto stretto (n).

d) La *condictio ex mutuo* con le altre specie della *condictio datorum* come la *condictio indebiti*, la *condictio causa data causa non secuta*, la *condictio ob turpem causam*, e finalmente la *condictio sine causa*.

e) La *condictio ex iniusta causa*, la *condictio furtiva*, e l'*actio rerum amotarum* (o).

In rapporto a questa ultima azione vi è una divergenza di opinioni; e specialmente *Heimbach* è di opinione che questa azione, essendo un'azione avente la formola *in factum concepta*, non può essere annoverata tra le azioni di stretto diritto, e tutto ciò per la L. 2. C. rer. amot. (5. 21.). Questo giudizio sull'azione in questione è poco esatto; imperocchè dalla legge del Codice citata si rileva solamente, che nell'editto pretorio era proposta una formola per l'*actio rer. amot.*, con ciò l'azione non addiveniva onoraria; se la legge citata ci avverte che l'azione in discorso, l'*actio rer. amot.*, poteva essere intentata durante il matrimonio con la for-

(k) L. 9. §. 3. de reb. cred. (12. 1.). ved. not. (b) — L. 5. §. 4. — L. 6. de in lit. iur. (12. 3.). — L. 103. de V. O. (43. 1.). — L. un. §. 2. C. de rei ux. act. (5. 13.). Cic. pro Rosc. Com. 5.

(l) pr. Inst. de lit. obl. (3. 21.). — Ved. not. (c).

(m) L. 9. §. 1. de reb. cred. (12. 1.). — L. 6. de in lit. iur. (12. 3.). — L. 23. de V. O. (43. 1.).

(n) L. 2. C. com. de legatis (6. 48.).

(o) L. 26. de act. rer. amot. (23. 2.).

mola in factam, è a stabilirsi, che fuori questa circostanza in sè quell'azione non è un'*actio in factum*; come poi sarebbe in armonia questa interpretazione della legge 2 con la legge 26 dei Digesti citata, e specialmente con queste parole: *rerum amotarum actio condictio est*?

f) Finalmente le *condictiones ex lege*. Su questo punto si è agitata nelle scuole una controversia per stabilire e determinare simili *condictiones*, e ciò per un passo di Paolo variamente interpretato (p). Paolo nella legge unica *de cond. ex lege* (13.2). così dice:

« Si obligatio lege nova introducta sit, nec cautum eadem lege, quo genere actionis experiamur, ex lege agendum est.

Crediamo che la interpretazione più naturale di questo passo sia la seguente: Quando una nuova legge introduce un' obbligazione, senza determinare quale specie di azione vi vada congiunta, l'azione sarà una *condictio ex lege*, ossia la sua *intentio* deve essere diretta ad un *dare oportere*, o ad un *dare facere oportere*, senza l'aggiunto di *ex fide bona*. Poche leggi veramente parlano di *condictiones ex lege* (q); ma non vuolsi conchiuderne che, tranne questi casi, non vi siano altre *condictiones ex lege*; più giustamente è da dire secondo allo spirito della legislazione giustinianea di annoverare tra le *condictiones ex lege* le nuove azioni nascenti dalle donazioni e dal contratto dotale; l'azione revocatoria per l'ingratitude del donatario; ed altre ancora (r).

È controverso se le azioni civili *ex delicto* appartengono alle azioni di stretto diritto. Alcuni negano questa qualità o simili azioni (s), dove altri l'affermano (t). La controversia sta non a sapere se le azioni civili *ex delicto* sieno di stretto diritto o di buona fede, ma se entrano come azioni personali in questa divisione. L'azione civile *ex delicto*, non può appartenere alle *condictiones* o alle *actiones stricti iuris*, sol perchè la *intentio* messa nella formola non è diretta al *dare* o *dare facere oportere*, ma è concepita per *damnum decidere oportere*; quantunque, essendo azioni del medesimo carattere delle *condictiones*, cioè unilaterali, potrebbero esser trattate quali azioni di diritto stretto (u).

Similmente altre azioni, perfettamente escluse dalla presente divisione, possono essere considerate come di stretto diritto, o come di buona fede; e la ragione ne è, che tale divisione, massimamente importante per la nomenclatura, e nel tempo del processo formolario, allora che il Pretore determinava il criterio del giudice nella formola, dal momento che tutto lo svolgimento della controversia è trattato innanzi al medesimo magistrato, se non può dirsi cessata, è certo menomata d'im-

(p) Ved. Glück XIII. pag. 337.

(q) Ved. §. 24. Inst. de act. (4. 6.). Quod nostra constitutio induxit quae in nostro codice fulget. L. 2. C. (3. 40), ex qua dubio procul est, ex lege condicticium emanare. — L. 28. ad leg. Iul. de adult. (48. 5.). — L. ult. §. 1. C. de hered. pet. (3. 31.). — L. ult. §. 6. C. de iur. delib. (6. 30.).

(r) L. 35. §. 5. C. de donat. (8. 54.). — L. 6. C. de dot. prom. (5. 11.). — L. 10. C. de revoc. don. (8. 56.).

(s) Savigny, Sist. V. app. Num. XX.

(t) Böcking, I. p. 577.

(u) L. 9. §. 1. de cred. (12. 1.). *Ulp.* Competit haec actio etiam ex legati causa, et ex lege Aquilia; sed et causa furtiva per hoc condictioem condictur; sed etsi ex Senatusconsulto agatur, competit haec actio, veluti si is cui fiduciaria hereditas restituta est, agere volet.

portanza. Per la qual cosa tutte le azioni che non appartenevano dapprima a questa divisione dovettero essere trattate alla maniera o di quelle conosciute sotto il nome di *actiones stricti iuris*, o di quelle appellate *bonae fidei*. Le azioni trattate nella prima maniera sono incontrastabilmente le azioni civili *ex delicto*, di cui abbiamo già ragionato; le altre possono tutte essere riguardate come azioni di buona fede. Vanno in questa seconda categoria le azioni *in rem* (v): ancora quelle che avevano una formola *in factum concepta*, e le azioni onorarie, per le quali la libertà del giudice era già posta dal carattere del diritto pretorio. Non altrimenti è delle *persecutiones*, le quali venivano in tali relazioni giuridiche, per le quali si offriva al magistrato una libera cognizione, indipendente dal diritto stretto (x).

Dalle azioni di buona fede fa d'uopo distinguere quelle in *bonum et in aequum conceptae*. In alcune relazioni giuridiche, nelle quali era necessaria una stima per determinare l'obbietto della obbligazione, il giudice avea per la misura della stima, latitudine ancora più grande che nei *bonae fidei iudicia*: il che veniva nella formola nel seguente modo espresso: *quanti bonum aequum videbitur*; e per ciò le azioni ebbero nome di *actiones in bonum et aequum conceptae*. Appartengono a tale specie di azioni: l'*actio rei uxoriae* (y); l'*actio iniuriarum aestimatoria* (z); l'*actio sepulcri violati* (aa); l'*actio de effusis* (bb); l'*actio aedilicia* per ferite fatte ad un uomo libero (cc); l'*actio funeraria* (dd).

Il principio di equità che dissolve il rigore del diritto civile, si manifesta anche nelle azioni come nelle altre materie di diritto. La contrarietà delle azioni *stricti iuris*, e *condictiones* da un lato, con le *bonae fidei* dall' altro riproducono nel terreno dei giudizi il principio rigoroso del diritto civile col più libero della *naturalis ratio*; ma nel progresso del diritto lo stesso principio che modifica le istituzioni, modera ancora il rigore delle *actiones stricti iuris*, per modo che le *condictiones* si avvicinano al carattere più libero delle *bonae fidei actiones*. Conoscero particolarmente questa ultima vicenda delle *condictiones* non è fuori proposito.

La *condictio* era così appellata dalla *legis actio per condictioem*, la quale doveva strettamente adoperarsi per *certa pecunia*, ovvero per *certa res*; la sua natura era rigorosa a segno che il giudice doveva decidere nè più nè meno che la formola

(v) L. 68. de R. V. (6. 1.). *Ulp.* Si vero non potest restituere, si quidem dolo fecit, quo minus possit, id, quantum adversarius in litem sine ulla taxatione in infinitum iuraverit, dammandus est. Si vero nec potest restituere, nec dolo fecit, quo minus possit, non pueris, quam quanti res est, id est, quanti adversarii interfuit, condemnandus est. Haec sententia generalis est, et ad omnia, sive interdicta, sive actiones in rem, sive in personam sunt; ex quibus arbitrato iudicis quid restituatur, locum habet. — L. 7. si serv. vind. (8. 5.). — L. 5. de iu lit. iur. (12. 3.). — §. 2. Inst. de off. iud. (4. 17.). — §. 28. Inst. de action. (4. 6.). ved. not. d. — L. 12. §. 3. C. de pet. hered. (3. 31.).

(x) Savigny, Sist. V. pag. 474.

(y) L. 66. §. 7. sol. mat. (24. 3.). — L. 82. de sol. (46. 3.).

(z) L. 11. §. 1. — L. 18. pr. de iniur. (47. 10.). *Ulp.* Iniuriarum actio ex bono et aequo est. — L. 34. pr. de O. et A. (44. 7.).

(aa) L. 3. pr. — L. 6. 10. sepulc. viol. (47. 12.). — L. 20. §. 5. de acq. hered. (29. 2.).

(bb) L. 1. pr. — L. 5. §. 5. de his qui off. (9. 3.).

(cc) L. 42. de aed. (21. 1.). — §. 1. Inst. si quadr. (4. 9.).

(dd) L. 14. §. 6. de relig. (11. 7.). *Ulp.* Haec actio, quae funeraria dicitur, ex bono et aequo oritur. — ved. anc. *Cujac.* abss. XXII. 14. comm. in Paul. ad edictum. ad leg. 9. de cap. mia. in op. um. V. pag. 161. — Savigny, pag. 92.

Diritto romano.

dare oportere gli dettava; così Gaio (ee) intende per *condictio* quell'azione in *personam*, la *intentio* della quale era diretta ad un *dare oportere*. Secondo la sua origine e la sua natura adunque la *condictio* era per un *certum*; e perciò il nome di *condictio certi*. L'austerità della *condictio* fu temperata probabilmente tra il VI. e VII. secolo di Roma; e da quel tempo oltre ad una *condictio certi* si ha una *condictio incerti*.

La differenza è molto rilevante, perocchè la prima è diretta a somma od oggetto determinato, l'altra, quantunque diretta anche al dare, pure non avea così determinato l'obbietto, onde alla parola *dare* della *intentio* si aggiungeva l'altra *facere*. Dal che consegue differenza importante: che nella *condictio certi*, essendo tutto determinato, il giudice, comprovati i fatti, non poteva condannare o assolvere il convenuto per quella pecunia od obbietto determinato; nell'altra, non essendo confinato l'obbietto della obbligazione, era lasciata facoltà sufficientemente larga al magistrato di determinarlo nella sua sentenza. Quando sia il caso dell'una, quando dell'altra, è da decidere secondo la natura delle obbligazioni; e particolarmente:

1) Nasce allora la *condictio certi* quando l'azione ha quei requisiti da noi esposti di sopra, ed è diretta solo al *dare*, essendochè il *facere* involge in sè un'incertezza. L'obbietto con altre parole dev'essere determinato nel *quid*, nel *quale* e nel *quantum* (ff): e la *intentio* concepita in questa guisa: *si paret, Nm. Nm. Ao. Ao. sestertium decem milia*, ovvero *fundum cornelianum, hominem Stichum dare oportere* (gg).

2) Nasce la *condictio incerti*, quando esistono i requisiti fondamentali delle *condictiones*, ma il contenuto della obbligazione è un *incertum*, un oggetto per qualsiasi rapporto indeterminato. Però, come per le azioni di buona fede, la *intentio* non poteva racchiudere un *certum*, ma era espressa col *dare facere* senza l'aggiunzione *ex fide bona*, in questa guisa: *quidquid peret Nm. Nm. Ao. Ao. dare facere oportere*, ovvero *quidquid ob eam rem. Nm. Nm. Ao. Ao. dare facere oportet* (hh).

(ee) *Gai. Inst. IV. 19. Haec autem legis actio constituta est per legem Siliam et Calpurniam: lege quidem Silia certae pecuniae, lege vero Calpurnia de omni certa re.*

(ff) *L. 74. 75. pr. de V. O. (45. 1.). Gai. Stipulationum quaedam certae sunt, quaedam incertae; certum est, quod ex ipsa pronuntiatione apparet quid, quale, quantumque sit, ut ecce auri decem, fundus Tusculanus, homo Stichus, tritrici Africi optimi modii centum, vini Campani optimi amphorae centum. — L. 75. pr. Ulp. ubi autem non apparet, quid, quale, quantumque est la stipulatione, incertam esse stipulationem dicendum est.*

(gg) *Gai. Inst. IV. 18. 33. 34. 41. 86. — conf. 42. §. 1. de reb. ered. (12. 1.). — L. 2. §. 7. de eo quod certo loco (13. 4.). — L. 75. §. 8. L. 103. de V. O. (45. 1.). — L. 93. pr. de solut. (46. 3.).*

(hh) *Gai. Inst. IV. 41. 131. 136. — conf. L. 29. §. 1. — L. 76. §. 1. de V. O. (45. 1.). Paul. Quum stipulamur, quidquid te dare facere oportet, id, quod praesenti die duntaxat debetur la stipulationem deducitur, non, ut in iudiciis, etiam futurum. — L. 72. §. 3. de solut. (46. 3.). — Ved. anc. L. 5. §. 1. de usuf. ear. rer. (7. 5.). — L. 33. de servit. praed. urb. (8. 2.). — L. 22. §. 1. — L. 40. §. 1. de cond. ind. (12. 6.). Murcian. Si pars domus, quae in diem per fideicommissa relicta est, arserit ante diem fideicommissi cententem, et ea heres sua impensa refecerit, deducendam esse impensam ex fideicommissio constat; et si sine deductionem domum tradiderit, posse incerti condici, quasi plus debito dederit. — L. 3. de cond. caus. (12. 7.). — L. 5. §. 1. — L. 8. pr. de act. vend. (19. 1.). Paul. Si tibi liberum praedium tradidero, quum serviens tradere deberem, etiam condictio incerti competet mihi, ut patioris eam servitutem, quam debuit, imponi. — L. 2. §. 3. de donat. (39. 5.). etc.*

3) Nelle *condictiones certi* fin dagli antichi tempi si era messa la distinzione, se la *condictio* era per *certa pecunia* (corrispondente alla *legis actio per condictio- nem ex lege Silia*) o per *aliam certam rem* (corrispondente alla *condictio ex lege Calpurnia*). Sulla differenza non si è concordi; pretendono alcuni consistere mas- simamente in ciò, che solamente nella *condictio* diretta a *certa pecunia* seguisse la *certa condemnatio*, nell'altra diretta ad *certam rem* seguisse una *incerta con- demnatio* (ii). Questa differenza non ci pare esatta, avendo buoni motivi da cre- dere che anche in questo ultimo caso la *condemnatio* poteva essere diretta ancora ad una *certa pecunia* (jj); piuttosto la differenza rilevante sarebbe, che nella *condi- ctio* diretta alla *certa pecunia* lo parti promettevansi scambievolmente una multa (la terza parte della somma reclamata) da pagarsi dal soccombente a colui che vin- ceva la lite: mentre nell'altra *condictio* mancava la *sponsio poenalis*. Di qui nasce che solamente la prima prendeva il nome di *condictio certi*, ovvero *actio si certum petatur*, mentre al contrario ogni altra *condictio* appellavasi *triticiana*, poichè il fru- mento fu designato come esempio di una qualunque cosa distinta dalla moneta. Così quest'ultima condizione abbraccia non solo la *condictio* ad una *res certa*, ma an- cora la *condictio incerti* (kk).

4) Altra differenza è piaciuta di porre, per interpretare un passo di Ulpiano, il quale sembra contraddire alla generale teorica, che la *condictio certi* allora può es- sere adoperata, quando giusta la sua natura, abbia per oggetto l'obbligazione di un *certum*. Ulpiano infatti nella L. 9. pr. de R. C. (12. 1) scrive: « Certi condictio com- » petit ex omni causa, et ex omni obligatione, ex qua certum petitur, sive ex certo » contractu petatur, sive ex incerto. Licet enim nobis ex omni contractu certum » condicere, dummodo praesens sit obligatio; caeterum si in diem sit, vel sub con- » ditione obligatio, ante diem vel conditionem non potero agere ».

Per questa legge si fa nascere una *condictio certi* generale, sulla quale per al- tro i giuristi non vanno in niun modo d'accordo. Da una parte alcuni vanno tant'oltre da ammettere in ogni caso una *condictio generalis* in ogni obbligazione, la quale en- tra in concorso alternativo con l'azione speciale nascente dalla obbligazione, qualora l'attore sia in grado di determinare in un certo il suo diritto; altri al contrario pongono per limitazione, che vi debbano essere i requisiti per una *condictio*, e che in que- sto caso allora l'attore possa valersi di una *condictio*, anche che l'obbietto sia un *incertum*, quando fa che la sua stima non sorpassi quella fissata dal giudice (ll).

(ii) Wachter, 8ag. 72 — Savigny, pag. 612.

(jj) Heimbach, creditum pag. 570. — L. 1. pr. de cond. trit. (13. 3.). Ulp. Qui certam pecuniam numeratam petit, illa actione utitur, si certum petitur; qui autem alias res, per triticianam conditionem petit. Et generaliter dicendum est, cas res per hanc actionem peti, si quae sint praeter pecuniam numeratam, sive in pondere, sive in mensura content, sive mobiles sint, sive soli. Quare fundum, quoque per hanc actionem petimus, etsi vectigalis sit, sive ius stipulatus quis sit, veluti usufructum, vel servitatem utrorumque praediorum. — ved. Savigny, pag. 622. — Puchta, Istit. §. 161. — Heimbach, creditum pag. 106. ss.

(kk) Heimbach, Basil. II. pag. 519 e 593. ss. Gloss. ad pr. Inst. quibus modis re (3. 14). e ad Pub. et ad Leg. 9. de R. C. (12. 1.). — Cujac. vol. VII. p. 649. ad leg. cit., — Brackenhof, identità e connessità, pag. 93.

(ll) L. 1. 4. §. 1. de R. C. (12. 1.). — L. 28. §. 4. de iure. (12. 2.). — L. 13. §. 1. de- positi (16. 3.). — L. 47. pr. pro soc. (17. 2.). Ulp. Sed si ex causa furtiva condixero, cessa- bit pro socio actio, nisi si pluris mea intersit. — L. 5. de tutelae act. (27. 3.). — L. 5. de except. rei iud. (44. 2.). — L. 34. §. 1. 2. de O. et A. (44. 7.).

Questa interpretazione è secondo noi poco esatta. Non si può contraddire che in varie circostanze di molteplici relazioni giuridiche possono essere fondati i requisiti della *condictio*, e perciò noi troviamo ricordate le *condictiones* in concorso alternativo con l'*actio depositi*, *commodati*, *pignoraticia*, *mandati*, *negotiorum gestorum*, *tutela*, *pro socio etc.* (nn), ed in tutti questi casi vien richiesto che in concreto vi siano i requisiti per una *condictio*; in questo modo è possibile, che l'obbietto di quella obbligazione, che nasce dai motivi di una *condictio*, è un *certum*, quantunque la obbligazione principale stessa è per sè un *incertum*. In questa maniera si può interpretare la legge 9 citata senza ricorrere ad una novella distinzione delle *condictiones*, tanto più che l'*incertus contractus* di Ulpiano si rapporta non all'obbietto dell'obbligazione, ma sì bene alla forma contrattuale; nessun dubbio adunque che vi sia un obbietto certo, ovvero un motivo per la *condictio certi*, in una *obligatio incerta* (nn).

§. 83.

1. Actiones arbitrarie.

Savigny, Sist. V. §. 221. — Puchta, Istituzioni §. 163.

Le azioni arbitrarie, che in niun modo debbono confondersi con quelle di buona fede, hanno la specialità che per esse il giudice non pronunciava immediatamente la sentenza, ma, esaminato rigorosamente il diritto dell'attore, e convintosene, metteva nella libera volontà del convenuto di soddisfare l'attore, p. e. di esibire o restituire l'oggetto. Se il primo assecondava la *pronunciatio* dell'*arbiter*, era assoluto, se vi si rifiutava, seguiva, dietro stima, la condanna pecuniaria. Quindi per la *intentio* questa formola era un *iudicium*, per la *condemnatio* invece era un *arbitratus iudicis* (a). Le conseguenze di questa erano di grande pregiudizio pel convenuto, che non si sottometteva alla volontaria prestazione: in quantochè spesso andavano oltre di quanto il convenuto avrebbe dovuto soddisfare in forza del primo arbitrato (b), p. e. nell'*actio quod metus*

(nn) Vangerow, op. c. §. 139. — Savigny, o. c. vol. V. pag. 5. 78. ss.

(nn) Liebe, stipulazioni pag. 44. — Heimbach, creditum pag. 84.

(a) §. 31. Inst. de act. (4. 6.): Praeterea quasdam actiones arbitrarie, id est ex arbitrio iudicis pendentes, appellamus, in quibus, nisi arbitrio iudicis is, cum quo agitur, actori satisfiat, (veluti rem restituat, vel exhibeat, vel solvat, vel ex nexali causa servum dedat) condemnari debeat. Sed istae actiones iam in rem, quam in personam inveniuntur. In rem veluti Publiciana, Serviana de rebus coloni, quasi Serviana, quae etiam hypothecaria vocatur; in personam, veluti quibus de eo agitur, quod aut metus causa, aut dolo malo factum est, item cum id, quod certo loco promissum est, petitur: ad exhibendum quoque actio ex arbitrio iudicis pendet. In his enim actionibus et ceteris similibus permittitur iudici, ex bono et aequo secundum cuiusque rei, de qua actum est, naturam aestimare, quemadmodum actori satisfieri oporteat.

(b) L. 68. dei rei vind. (6. 1): Ulp. Qui restituere iussus iudici non paret, contendens non posse restituere, si quidem habeat rem, manu militari officio iudicis ab eo possessio transfer-

causa la sentenza era diretta al quadruplo; mentre secondo l'arbitrato sarebbe stato sufficiente il semplice pagamento; come pure l'effetto della sentenza nell'*actio doli* era la infamia. Ciò era espresso nella formola dalle parole *nisi restitatur, nisi exhibeatur* le quali racchiudono tutto il carattere di questa specie di azioni.

2) La differenza che v'è tra le azioni arbitrario e le *stricti iuris* e *bonae fidei* sta in ciò, che queste due ultime si rapportano solamente alle azioni *in personam*, mentre le azioni arbitrarie possono comprendere tanto queste, quanto le azioni *in rem*; del resto queste azioni non hanno una differenza esatta con le azioni *stricti iuris* e *bonae fidei*, cosicchè le azioni si potessero dividere in *stricti iuris*, *bonae fidei* e *arbitrarie*, ma molte azioni di buona fede sono nel medesimo tempo arbitrarie.

3) La regola generale per determinare le singole azioni, che potessero avere il predicato di arbitrarie, è comunemente riconosciuta in tutte quelle libere azioni, in cui secondo il loro speciale contenuto, è applicabile il suesposto processo. Per la qual cosa, volendo applicare questa regola alle singole azioni, fa d'uopo escludere in primo luogo tutte le *condictiones*, come ancora le azioni civili *ex delicto*, la ragione è chiara; in quantochè l'attività passiva del giudice in queste azioni mal s'accorderebbe col carattere proprio delle arbitrarie: restano adunque quali azioni arbitrarie le azioni di buona fede, le reali, e tutte le azioni pretorie, e di queste solamente quelle dirette alla restituzione (*nisi restitatur*), od alla esibizione (*nisi exhibeatur*) (e).

§. 84.

5) Degl' Interdetti.

T. Inst. De interdictis (4. 15.). — T. D. De interdictis (43. 1.). — T. C. cod. (8. 1.). Gai. Inst. IV. 138. sqq. — Puchta, Corso delle istit. §. 169.

L'azione e il corrispondente giudizio non poteva aver luogo, che per una lesione di diritto, invece per rimettere uno stato di fatto, come decidere una semplice quistione di possesso, il pretore, non essendo in que-

tur, et fructuum duntaxat, omnisque causae nomine condemnatio fit. Si vero non potest restituere, si quidem dolo fecit, quo minus possit, is, quantum adversarius in litem sine ulla taxatione in infinitum iuraverit, damnandus est. Si vero nec potest restituere, nec dolo fecit, quo minus possit, non pluris, quam quanti res est, id est, quanti adversarii interfuit, condemnandus est. Haec sententia generalis est, et ad omnia sive interdicta, sive actiones in rem, sive in personam sunt, ex quibus arbitrato iudicis quid restituitur locum habet.

(c) Savigny, V. §. 221. 222. — §. 31. Inst. de act. (4. 6.). — L. 2. §. 1. de in litem iur. (12. 3). Paul. Interdum quod intersit agentis, solum aestimatur, veluti quum culpa non restituentis vel non exhibentis puniatur; quum vero dolus aut contumacia non restituentis vel non exhibentis, quanti in litem iuraverit actor.

sto caso possibile un' azione ed un giudizio ordinario, dove provvedere con ordinanze, per mezzo di cui ad istanza di una parte ingiungeva all'altra di fare o non fare qualche cosa. L'ordinanza in senso imperativo a restituire e ad esibire dicevasi *decretum*, quella in senso proibitivo dicevasi *interdictum* (a). Quest'ultimo nome fu inteso generalmente ed applicato ai tre ordini; sicchè si dissero *interdicta restitutoria, exhibitoria, prohibitoria* (b). Se la parte contraria non faceva opposizione, tutto era finito, ma qualora si opponesse, nasceva una controversia, a diffinir la quale era necessario un giudizio, pel quale si dava un giudice od un arbitro. In questo caso, come è facile provvedere, il comando e il divieto del Pretore diveniva fondamento alla formola da determinarsi al giudice; onde questi nel decidere la controversia non doveva investigare altro, se non se la parte contraria avesse o pur no operato contro l' editto. In ciò gl' interdetti erano riguardati come azioni, con la differenza solamente della forma del processo.

2) Gl' interdetti erano *simplicia* e *duplicia*, coi primi il Pretore si dirigeva ad una delle parti e comandava o vietava qualche cosa; nei *duplicia* poi si dirigeva ad entrambe, in modo che ognuna di esse poteva nel medesimo tempo essere attore e convenuto (c). Nei primi poteva darsi uno di questi due processi, *cum poena* o *sine poena*. La procedura *cum poena* consisteva in ciò che l' attore provocava il convenuto a promettergli una somma, se si provasse che egli avea operato contro l' editto pretorio (*sponsio*), ed all'incontro il convenuto lo ehianava ad una *restipulatio* pel fatto contrario, cosicchè per la scambievole promessa entrambi ottenevano una formola diretta alla *sponsio*, o alla *restipulatio*. In questa azione il giudice indagava se la base di questa doppia stipulazione esisteva, ossia se una delle parti avea realmente operato contro l' editto pretorio. Affinchè poi si raggiungesse lo scopo negl' interdetti restitutorii ed esibitorii, l' attore alla formola della *sponsio* aggiungeva la domanda della restituzione

(a) Gai. Inst. IV. 139. 146. — Pr. Inst. de interdict. (4. 15.). Sequitur, ut dispiciamus de interdictis, seu actionibus, quae pro his exercentur. Erant autem interdicta formae aut conceptiones verborum, quibus praetor aut iubebat aliquid fieri, aut fieri prohibebat. Quod tunc maxime faciebat, cum de possessione aut quasi possessione inter aliquos contendebatur.

(b) §. 1. Inst. h. t.: Summa autem divisio interdictorum haec est, quod aut prohibitoria sunt, aut restitutoria, aut exhibitoria . . . Sunt tamen, qui putant, proprie *interdicta* ea vocari, quae prohibitoria sunt, quia interdicere est denuntiare et prohibere; exhibitoria autem et restitutoria proprie *decreta* vocari: sed tamen obtinuit, omnia *interdicta* appellari, quia inter duos dicuntur.

(c) §. 7. Inst. h. t.: Tertia divisio interdictorum haec est, quod aut *simplicia* sunt aut *duplicia*. *Simplicia* sunt, veluti in quibus alter actor, alter reus est, . . . *duplicia* vocantur, quia per utriusque litigatoris in his conditio est, nec quisquam praecipue reus vel actor intelligitur, sed unusquisque tam rei, quam actoris partes sustinet. — Ved. Gai. Inst. IV. 157-170.

ed esibizione della cosa; qualora la restituzione od esibizione non seguisse, il convenuto era condannato al prezzo della cosa.

Nella procedura *sine poena* le parti comparivano innanzi al magistrato domandando un *arbiter*, ed il Pretore dava loro una *formula arbitraría*, per mezzo della quale il convenuto era condannato ad una somma determinata in caso che non volesse restituire o esibire la cosa. Questa procedura era applicabile solamente agl'interdetti restitutorii ed agli esibitorii.

Negl' interdetti *duplicia* avveniva un'altra procedura: in una questione, in cui entrambe le parti volevano per sé il possesso, facea mestieri decidere chi dei due dovesse ritenere il possesso medesimo, il che dava la facoltà di godere provvisoriamente di una cosa durante il processo.

Questa facoltà era data a colui che sottomettevasi ad una pena maggiore in caso che l'esito del processo fosse a lui contrario. Se l'esito del processo era contrario al maggiore offerente nella *licitatio fructus*, questi si obbligava civilmente a questa *fructus stipulatio* in forza della quale la parte contraria chiedeva la somma convenuta, e la restituzione della cosa con i frutti raccolti, e la somma convenuta era la pena. Se si decideva in favore di costui, allora condannava l'altro alla *summa sponsionis* e *restitutionis* assolvendo il primo.

Nel diritto giustiniano in cui più non vi ha vestigio di questa procedura, gl'interdetti sono azioni personali dirette a decidere una relazione di fatto e determinare così la base di un giudizio definitivo di diritto (*possessionis causam habent*), ovvero dirette a difendere un diritto materiale (*proprietas causam habent*) (d). Questi concorrono in alcuni casi con le azioni del medesimo diritto, e vengono riguardati sempre come mezzi provvisorii; poichè dopo la decisione si può produrre in giudizio la medesima questione con l'azione, la quale opera una decisione definitiva.

4) Gl'interdetti possessorii si distinguono in *interdicta retinendae, recuperandae, et adipiscendae possessionis*; i primi valgono a far cessare un atto turbativo di possesso, i secondi a ricuperare un possesso perduto, gli ultimi finalmente a conseguire un possesso che prima non si aveva (e).

(d) §. 8. Inst. h. t. De ordine et vetere exitu interdictorum supervacuum est hodie dicere. Nam quoties extra ordinem ius dicitur (qualia sunt hodie omnia iudicia), non est necesse reddi interdictum, sed periode indicatur siue interdictis, atque si utilis actio ex causa interdicta reddita fuisset. — L. 3. 4. C. h. t. — L. 17. A. de act. emt. (4. 49.). — L. 2. §. 1. 3. b. t. — L. 1. §. 3. h. t.: *Ulp. Interdicta omnia licet in rem videantur concepta, vi tamen ipsa personalia sunt.*

(e) §. 2. Inst. h. t.: *Sequens interdictorum divisio haec est, quod quaedam adipiscendae possessionis causa comparata sunt, quaedam restituendae, quaedam recuperandae.*

§. 85.

6) *Actiones rei persecutoriae, poenales, mixtae.*

1) Le azioni dirette al mantenimento del patrimonio possono differire in ciò, che alcune tendono solamente a garantire lo stato del patrimonio; altre pretendono qualche cosa di più. L'azione diretta a rimuovere il danno ingiusto sofferto da una parte, ed il guadagno illegale dall'altra, così che le due parti ritornano nello stato antecedente alla violazione, nè v'è cambiamento nel loro patrimonio, appellasi *rei persecutoria*.

2) Avviene alle volte in alcune circostanze che alla violazione del diritto tien dietro un'altra conseguenza più pregiudizievole qual'è la pena; cosicchè colui che viola un diritto, può in seguito addivenire più povero di quello ch'era prima della violazione, e l'attore più ricco; in altri termini succede un cambiamento nei patrimoni delle due parti; quelle azioni adunque che sono unicamente dirette a conseguire il dippiù ed infliggere una pena a colui che violava il diritto, sono dette per questo *poenales*.

3) Finalmente quando l'azione è diretta e a ristabilire lo stato del patrimonio anteriore alla violazione, ed ancora ad infliggere una pena al violatore, e conseguentemente a diminuire il patrimonio del condannato ed aumentare quello del vincitore nella lite, si appellerà *mista*.

In queste ultime azioni la pena può valutarsi o sull'azione stessa del convenuto o sull'arbitrio dell'attore, in quantochè questi nel processo o nell'intentare l'azione, egli stesso apprezza il danno, o la pena pecuniaria (a).

(a) Savigny, Sist.—V. §. 16. 18. Inst. de act. (4. 6.): Quaedam actiones rei persequendae gratia comparatae sunt, quaedam poenae persequendae, quaedam mixtae sunt. Rei persequendae causa comparatae sunt omnes in rem actiones. Earum vero actionum, quae in personam sunt, hae quidem, quae ex contractu nascuntur, fere omnes rei persequendae causa comparatae videntur . . . Ex maleficiis vero proditae actiones aliae tantum poenae persequendae causa comparatae sunt, aliae tam poenae, quam rei persequendae, et ob id mixtae sunt.

III. Estinzione dell' azione.

§. 86.

1) Estinzione per morte delle parti.

T. Inst. de perpet. et temp. act. etc. (4. 12.). — T. C. ex delictis defunctorum quantum heredes conveniatur (4. 17.). — Savigny, Sist. V. — Mühlenbruch, Continenz. del com. di Glück XLIII. pagine 8. 11.

Le azioni dirette a tutelare i diritti, essendo diritti per sè stesse, come questi, si trasmettono tanto riguardo all' attore, quanto al convenuto; esse non si estinguono per morte delle parti, ma con la successione si trasmettono nelle persone degli eredi, onde la massima *actiones transeunt ad heredem et in heredem*, ossia le azioni si trasmettono attivamente e passivamente agli eredi. Da questo principio nascono le seguenti eccezioni.

1) Per le azioni riguardo all' attore, si comprende da sè stesso, che quando il diritto a cui tutela sta l' azione, si estingue esso stesso con la morte del subbietto, l' azione è ancora estinta, ed è impossibile una trasmissione di essa agli eredi. Questo è il caso de' diritti di famiglia, delle servitù personali, dei *privilegia personae*, di alcune relazioni di contratto p. e. di società, di mandato, ecc. Oltre a questi casi sono escluse dalla trasmissione attiva le azioni popolari, poichè queste non appartengono, prima della *litis contestatio*, alle azioni di patrimonio, e se l'erede ha facoltà di entrare come attore dopo la morte del suo antecessore, l'ha come cittadino e non come erede (a); e finalmente sono ancora escluse le così dette *actiones meram vindictam spirantes* (1).

2) Riguardo al convenuto non si trasmettono le azioni popolari (b), nè le azioni *ex delicto*, e proprio nella seguente maniera:

a) È negata la trasmissione dell'azione *mere poenalis* anche quando la eredità si è veramente accresciuta pel delitto; poichè in luogo dell'azione penale, avvi l'azione *rei persecutoria* che può essere adoperata (c). Tutte

(a) L. 5. §. 5. de his qui effund. (9. 3.). Ulp. Haec autem actio, quae competit de effusis et deiectionibus, perpetua est, et heredi competit; in heredem vero non datur. Quae autem de eo competit, quod liber perisset dicitur, intra annum duntaxat competit neque (in heredem, sed nec heredi similibusque) personis, nam est poenalis et popularis. — conf. L. 7. pr. §. 1. de popular. act. (47. 23.).

(b) L. 7. 8. eod. Ulp. Omnes populares actiones neque in heredes dantur, neque supra annum extenduntur.

(c) §. 1. Inst. h. t. . . . Est enim certissima iuris regula, ex maleficis poenales actiones in heredem non competere, veluti furti vi bonorum raptorum, iniuriarum, damni iniuria. — L. 5. §. 5. 13. de his qui effund. (9. 3.). — L. 1. pr. de privat. delict. (47. 1.).

le volte però che l'azione penale è sola, senza che le si possa surrogare l'azione *rei persecutoria*, essa si potrà usare contro gli eredi, ossia si trasmette passivamente, ma solo per quella parte di cui l'eredità è diventata più pingue per opera dell'atto illegale (d).

b) Nelle azioni *rei persecutoriae ex delicto* vi è la regola generale che possono essere dirette contro l'erede solamente in ragione della parte di cui la eredità s'è arricchita a causa del delitto, e l'applicazione di questo principio viene chiarita da una quantità di passi (e); tranne per la *condictio furtiva*, in quantochè gli eredi sono obbligati in *solidum* (f).

c) Nelle azioni miste bisogna riconoscere le medesime regole che per le *rei persecutoriae*, salvo quando accanto ad un'azione mista vien data una *rei persecutoria*, come ciò avviene nell'azione *vi bonorum raptorum*, accanto alla quale viene data anche la *condictio furtiva* di un carattere meramente *rei persecutoria* (g) (2).

3) Tutte queste eccezioni, per mezzo delle quali le suddette azioni non si trasmettono passivamente agli eredi, sono di nessun momento dalla *litis contestatio*, e da questo punto le azioni senza eccezione di sorta si trasmettono attivamente e passivamente agli eredi (h) (3).

(d) L. 5. pr. de columniat. (3. 6.). Ulp. In heredem autem competit in id, quod ad eum pervenit. Nam est constitutum, turpia inera heredis quoque extorqueri, licet erimina extinguantur; ut puta ob falsum, vel iudici ob gratiosam sententiam datum et heredi extorquebitur, et si quid aliud scelere quaesitum.

(e) L. 16. §. 2. quod. met. caus. (4. 2.). Ulp. Haec actio heredi ceterisque successoribus datur, quoniam rei habet persecutionem. In heredem autem et ceteros in id, quod pervenit ad eos, datur non immerito; licet enim poena ad heredem non transeat, attamen quod turpiter vel acelere quaesitum est, ut est et rescriptum, ad compendium heredis non debet pertinere. — L. 17. §. 1. — L. 26. de dolo malo (4. 3.). — L. 4. §. 6. de alienat. iud. (4. 7.). — L. 16. de iud. (5. 1.). Ulp. Iulianus autem in heredem iudicis qui litem suam fecit, putat actionem competere. Quae sententia vera non est, et a multis notata est. — L. 32. de R. V. (6. 1.). — L. 3. §. 3. si mens. fals. mod. (11. 6.). — L. 7. §. 5. — L. 9. §. 2. de trib. act. (14. 4.). — L. 9. §. 1. quod. fals. tut. (27. 6.). — L. 20. §. 8. de oper. nov. unnt. (39. 1.). — L. 9. §. 8. — L. 10. de reh. auct. iud. (42. 3.). — L. 11. qui in fraud. ered. (42. 8.). — L. 1. §. 48. de vi (43. 16.). — L. 15. §. 3. quod vi (43. 24.). — L. 44. de R. I. (50. 17.). — L. un. C. h. t.

(f) §. ult. Inst. de obl. quae ex delict. (4. 1.). — L. 7. §. 2. — L. 9. de cond. furt. (13. 1.).

(g) L. 2. §. 27. vi bon. rapt. (47. 8.). Ulp. Haec actio heredi ceterisque successoribus datur; adversus heredes autem vel ceteros successores non datur, quia poenalis actio in eos non datur. An tamen in id, quod inruptiores facti sunt, dari debeat, videamus. Et ego puto, ideo Praetorem non esse pollicitum in heredes in id, quod ad eos pervenit, quia putavit sufficere conductionem.

(h) §. 1. Inst. h. t. — L. 26. 58. de O. et A. (44. 7.). Callistr. Sciendum est, ex omnibus causis lites contestatas et in heredem similesque personas transire. — L. 139. de R. I. Gai. Omnes actiones, quae morte aut tempore pereunt, semel inclusae iudicio salvae permanent. — L. 164. end.

ANNOTAZIONI

(1) Sulle azioni qualificate per *vindictam spirantes*, le scuole non sono di accordo, onde ci conviene considerare qualche caso speciale di queste azioni:

1) L' *actio iniuriarum*, che puossi chiamare il tipo di questa classe, va sottoposta al principio generale di sopra esposto (i).

2) Lo stesso si dica dell' *actio in factum de calumniatoribus* (k): come ancora segue la stessa regola:

3) La *querela inofficiosi testamenti* e *inofficiosae donationis*.

4) Le azioni dirette contro l' ingrato, e propriamente l'azione per mezzo di cui il donatore va contro il donatario ingrato. Così ancora l'azione del patrono e del padre per la revocazione in servitù del liberto, o nella patria potestà del figlio (l).

5) Il diritto che l' un coniuge ha contro l' altro per mancanze morali (m).

6) L' *actio sepulcri violati* (n).

7) Qualche dubbio sta per l' *actio de mortuo inferendo*, e propriamente per un passo di Gaio, in cui questo giurista afferma che quest' azione non si può trasmettere nè attivamente nè passivamente agli eredi, quantunque vi sia fortemente a maravigliare di ciò; poichè con questa azione si può sempre conseguire un interesse pecuniario. Il passo in questione così suona:

« Unde minor, quare constare videatur, neque heredi, neque in heredem datur hanc actionem; nam, ut apparet, pecuniariae quantitatatis ratio in eam deducitur: certe perpetuo ea inter ipsos competit. L. 9. de rel. (11. 7.). »

Molti antichi e qualcuno de' giuristi moderni vorrebbero interpretare in modo che le parole finali di Gaio avessero questo significato: *al contrario l'azione può sempre essere intentata dagli eredi e contro gli eredi* (o). Questa interpretazione non può essere accettata, sia perchè è grammaticalmente impossibile, sia perchè non è necessaria; la ragione dell'apparente contraddizione sta piuttosto in ciò, che questa azione è simile all' *actio sepulcri violati*; in entrambe si cerca vendicare l' insulto fatto alla memoria del trapassato, e l' interesse pecuniario è questione secondaria (p).

8) Sono sottoposte al medesimo principio l' *actio de effusis* per ferite fatte ad un uomo libero, e le azioni edilizie per ferite fatte ad un uomo libero da animali selvaggi (q).

(i) L. 13. pr. de iniuriis (47. 10.). *Ulp.* Iniuriarum actio neque heredi, neque in heredem datur. Idem est, et si in servum meum iniuria facta sit; nam nec hic heredi meo iniuriarum actio datur; semel autem lite contestata hanc actionem etiam ad successores pertinere. — L. 28. eod. — L. 32. pr. ad leg. Falc. (35. 2.). — L. 2. §. 4. de coll. (37. 6.).

(k) L. 4. de calum. (3. 6.). *Gai.* Haec actio heredi quidem non competit, quia sufficere ei debet, quod eam pecuniam, quam defunctus dedit, repetere potest.

(l) L. 1. 7. 10. C. de revoc. donat. (8. 36.).

(m) L. 13. §. 1. soluto matrimonio (24. 3.).

(n) L. 6. fin. — L. 10. fin. de sepulc. viol. (47. 12.).

(o) *Glück*, Com. not. 88. 90. — *Mühlenbruch*, cessione pag. 300. ss.

(p) *Ved.* L. 1. §. 6. de iniur. (47. 10.). *Ulp.* Quoties autem funeri testatoris vel cadaveri sit iniuria, si quidem post aditam hereditatem fiat, dicendum est, heredi quodammodo factam; semper enim heredi interest defuncti existimationem purgare. — L. ult. sepulc. viol. (9. 19.). — *Puchta*, comp. §. 88. not. e.

(q) L. 5. §. 5. de his qui effund. (9. 3.).

(2) È controverso se il principio della non trasmissione contro gli eredi valga ancora per le azioni nascenti da contratti e quasi contratti in caso che il defunto si faccia colpevole di dolo. Due opinioni tengono il campo di questa controversia; alcuni fondandosi sopra qualche passo opinano, che l'erede è obbligato solamente in quanto addiviene più ricco (r); mentre altri con più ragione vorrebbero che l'erede similmente come il testatore fosse obbligato in *solidum*. Imperocchè sarebbe inesplicabile, come l'erede, che è responsabile di qualunque colpa commessa dal predecessore, non sia poi responsabile del dolo e della colpa lata; oltrechè vi sono molte leggi in favore di quest'ultima opinione (s).

(3) Un passo di Paolo sembra contraddire al principio che solo dopo la *litis contestatio* le azioni penali si trasmettono agli eredi; ed il sommo giurista rammenta costituzioni imperiali giusta le quali le azioni penali trapasserebbero agli eredi, si *vivus conventus fuerit*. L. 33. de O. et act. (44. 7.). « Constitutionibus quibus ostenditur, heredes poena non teneri, placuit, si vivus conventus fuerat, etiam poenae persecutionem transmissam videri, quasi lite contestata cum mortuo.

Da questa legge alcuni fermamente credono, che, secondo il diritto novissimo, sia sufficiente la comunicazione dell'azione, affinchè le azioni penali potessero passare agli eredi (t). Una contraddizione in questa teoria non è possibile, nè si può accettare una modificazione per diritto imperiale, dappoichè nel Codice Diocleziano e Massimiano nella leg. un. C. de delict. def. (4. 17.), non cho lo stesso Giustiniano nel §. 1. Inst. h. t. nominano espressamente la *litis contestatio*; onde si è pensato di conciliare questo passo con tutta la teoria. Comunemente l'armonia si trova in ciò, che Paolo in questo luogo non parla di qualunque azione penale ordinaria, ma di una pena fiscale, la quale era menata innanzi da un impiegato fiscale *extra ordinem*, ed in cui per costituzioni imperiali la comunicazione dell'azione era surrogata alla *litis contestatio*, che in questo caso non poteva aver luogo (u). Ora si potrà avere questa opinione per determinare l'originario pensiero di Paolo; ma questa interpretazione non vale nella legislazione giustinianea, in cui tutti i giudizi sono straordinarii; molto più vera è da tenersi la opinione di coloro, che applicano il pensiero di Paolo ad un caso speciale, il quale è quasi eccezione alla regola generale; e conchiudendo dicono, che punto di trasmissione per le azioni penali resta sempre la *litis contestatio*; ma quando l'azione è stata intentata, e la *litis contestatio* è differita per colpa del defunto, l'azione si trasmette contro agli eredi di lui, quasi come la lite fosse stata contestata, e contestata sarebbe se non fosse stata la colpa (v).

(r) §. 1. Inst. h. t. . . Aliquando tamen etiam ex contractu actio contra heredem non competit, quum testator dolose versatus sit, et ad heredem eius nihil ex eo dolo pervenit. — L. 8. §. 1. de fidelus. (27. 7.).

(s) L. 10. pr. com. div. (10. 3.). — L. 7. §. depos. (16. 3.). — L. 12. de O. et A. (44. 7.). Pomp. Ex depositi, et mandati, et tutelae, et negotiorum gestorum ob dolum malum defuncti heres in solidum tenetur. — L. 49. eod. — L. 121. §. 3. de V. O. (43. 1.). — L. 157. §. 2. de R. I. (30. 17.). Ulp. In contractibus successores ex dolo eorum, (quibus) successerunt, non tamen in id, quod pervenit, verum etiam in solidum tenetur, hoc est unusquisque pro ea parte, qua heres est. — L. 152. §. 3. eod.

(t) Glück VI. pag. 496.

(u) Glück, pag. 137. — Savigny, VI. p. 19.

(v) V. O. Vangerow, o. c. I. p. 145.

§. 87.

2) Estinzione dell' azione per prescrizione.

T. Inst. de perpet. et tempor. actionibus (4. 12.). — T. C. de praescr. XXX. vol. XL. annor. (7. 39.). — Eod. de annali exceptione Italici, etc. (7. 40.). — Savigny, Sist. V. §.

Quando un'azione si estingue, perchè l'attore trascurò di usare il suo diritto di agire nel tempo determinato dalle leggi, si dice che l'azione è prescritta. La prescrizione è uno de' più savii istituti del diritto romano, e viene giustificata da molte ragioni: innanzi tutto le relazioni giuridiche avrebbero continuamente un'incertezza senza la prescrizione, la quale circoscrive in un tempo determinato quella incertezza, e le relazioni giuridiche acquistano un carattere certo e definitivo, che qualunque eventualità non può distruggere. Questa certezza vien data dalla presunzione di legge che il diritto, del quale l'attore vuol far uso dopo il tempo dalla legge determinato, sia già estinto; imperocchè si suppone che l'interessato non avrebbe trascurato l'uso della sua azione per tutto il tempo, in cui corre la prescrizione, se il suo diritto non si fosse estinto per una circostanza qualunque, che dopo questo tempo è impossibile provare. In questo caso senza l'istituto della prescrizione tornerebbe qualche volta impossibile far prova della soddisfazione di un debito, essendosi forse sperduti i documenti o essendo morti coloro, che ne potevano far valida testimonianza. Finalmente, poichè il diritto d'intentare l'azione sta nell'arbitrio dell'attore, questi potrà in alcuni casi, col rimettere l'uso del suo diritto ad un tempo molto lontano, rendere difficile la difesa del reo convenuto, poichè, senza colpa di quest'ultimo, possono far difetto i mezzi di prova, come p. e. per morte di testimoni. Tale sconcio è ovviato mercè l'istituto della prescrizione (a).

Affinchè un'azione potesse prescriversi sono necessari i seguenti requisiti :

I. Fa d'uopo innanzi tutto che l'azione fosse *nata*; in generale l'azione dicesi nata, quando il rapporto col possibile convenuto *in concreto* è di tal fatta, che l'intentare l'azione contro di lui non incontra ostacolo legale. Per la qual cosa è da far distinzione tra azioni reali e personali: quelle sono nate non prima che avviene la violazione del diritto; queste nascono non appena il diritto stesso, che n'è fondamento, viene stabilito. Onde un'azione reale non potrà mai esser considerata come nata, quando si è stabilito il diritto reale, perchè prima che questo diritto non fosse violato

(a) Savigny, I. c. §. 237. — Ved. Appendice VII.

non si conosce il possibile convenuto, nè avvi possibilità legale di far uso della propria azione reale. La prescrizione adunque della *rei vindictio* p. e. non potrà mai cominciare a decorrere prima che un altro non si trovasse in possesso della nostra cosa, e non contraddicesse al nostro diritto di proprietà col non riconoscerlo: così il fittaiuolo, il comodatario cominciano a prescrivere contro la *rei vindictio* del proprietario, solo d' allora che cominciano a possedere in proprio nome (b). Al contrario un' azione di vendita, di mutuo, di deposito è nata e s' incomincia a prescrivere, non sì tosto il contratto è perfetto; poichè da questo momento l' attore non incontra difficoltà legali ad intentare la sua azione (c).

In altre azioni personali la prescrizione non può incominciare dal momento che si è stabilito il diritto che n' è fondamento; così p. e. l'*actio pignoratitia in personam directa* non può essere usata prima che si sia estinto il debito fondato sul pegno, e per conseguenza la prescrizione non può cominciare a decorrere prima di questo tempo. Lo stesso si dica pel comodato, imperocchè, nascendo questa relazione giuridica dall' uso determinato di una cosa, non può essere stabilita nè l' azione, nè la prescrizione prima che l' uso non sia perfetto.

II. Il secondo requisito, affinchè un' azione si potesse dire prescritta, è il decorso del tempo stabilito dalla legge. In generale il tempo determinato dalle leggi, affinchè un' azione fosse prescritta, è di 30 anni eccettuata l'*actio hypothecaria* che si prescrive in 40 anni; tutte le azioni che si prescrivono in questo spazio di tempo si addimandano azioni perpetue. Ma oltre di queste azioni, che sono generalmente prescritte in 30 anni, altre ve ne sono le quali hanno un tempo molto più breve, e per conseguenza è mestieri distinguerle a categorie.

1) Per la *longi temporis praescriptio* le azioni di proprietà e quelle nascenti da un diritto reale (*speciales in rem actiones*) dovevano prescrivarsi in 10 e, in caso di assenza, in 20 anni, purchè il possessore dell' oggetto potesse provare avere i requisiti per l' usucapione necessari, cioè il giusto titolo e la buona fede.

2) Le azioni pretorie tutte secondo Gaio (d) si dovrebbero prescrivere in un anno, ma secondo una determinazione più precisa di Paolo ed Ulpiano questa regola vale per le azioni *ex delicto*; sicchè le azioni pe-

(b) L. 2. 7, C. de praes. 30 ann. (7. 39.).

(c) L. 94. §. 1. de solus. (46. 3.). — L. 1. §. 22. deposit. (16. 3.). — Ved. annot. pag. 234.

(d) Gai. Inst. IV. 110. 111. Quo loco admonendi sumus, eas quidem actiones, quae ex lege senatusve consultis proficiuntur, perpetuo solere praetorem accomodare; eas vero quae ex propria ipsius iurisdictione pendent, plerumque intra annum dare — pr. Inst. de perpet. act. (4. 12.).

nali tutte indistintamente si prescrivono in un anno eccetto l'*actio furti manifesti* (e).

Le azioni si prescrivono in un tempo più lungo, quando questo sia statuito dalle leggi per privilegio di persone. Appartengono al numero delle persone privilegiate:

1) Gli impuberi contro quali non v'è prescrizione, ossia le azioni non si prescrivono mai durante la impubertà (f).

2) I minori sono privilegiati in ciò, che le azioni temporali non si prescrivono contro di loro; ma le perpetue vanno soggette alla comune prescrizione (g).

3) Le chiese secondo due Novelle di Giustiniano escono dalla regola generale e le azioni contro di loro si prescrivono in 40 anni, eccetto le azioni che si prescrivono in meno di 10 anni (h).

4) Il Fisco, pel quale bisogna far distinzioni tra azioni penali fiscali, azioni pei beni patrimoniali, ed azioni per imposte. Le prime si prescrivono in 20 anni, le seconde in 40, e le terze sono dichiarate imprescrittibili (i).

(e) L. 35. pr. de O. et Act. (44. 7.). — L. 3. §. 4. nantae (4. 9.). — L. 21. §. 3. rer. amol. (25. 2.).

(f) L. 3. b. 1. (7. 39.): *Thaod.* Sicut in rem speciales, ita de universitate ac personales actiones ultra triginta annorum spatium minime pretendantur. Sed si qua res, vel ius aliquod postuletur, vel persona quascumque actione vel persecutione pulsetur, nihilominus erit agenti 30 annorum praescriptio metuenda. Eodem etiam iure in eius persona valeat, qui pignus vel hypothecam non a suo debitore, sed ab alio per longum tempus possidente nititur vindicare. §. 1. Quae ergo ante non motae sunt actiones, triginta annorum iugi silentio, ex quo iure competere coeperunt, vivendi alterius non habeant facultatem. Nec sufficiat precibus oblati speciale quoddam, licet per annotationem, promeruisse responsum, vel etiam in iudiciis allegasse: nisi, allegato sacro rescripto, aut in iudicio postulatione deposita, fuerit ambsecuta per executores conventio; non aexus fragilitate, non absentia, non militia contra hanc legem defendenda, sed pupillari aetate duntaxat, quamvis sub tutoria defensione consistat, huic eximenda sanctioni. Nam cum ad eos annos pervenerint, qui ad sollicitudinem pertinent curatoris, necessario eis, similiter ut aliis, annorum triginta intervalla servanda sunt. §. 2. Haec autem actiones annis triginta continuis extinguantur, quae perpetuae videbantur, non illae quae antiquis temporibus limitabantur. §. 3. Post hanc vero temporis definitionem nulli movendi ulterius facultatem patere censemus, etiamsi se legis ignorantis excusare tentaverit.

(g) L. ult. C. in quib. caus. (2. 41.). *Iust.* Saneimus favore imperfectae aetatis, exceptionem non numeratae pecuniae ab initio minoribus non currere, ut, dum in integrum restitutionem expectamus, aliquid emergat obstaculum, per quod huiusmodi beneficio minor uti non possit, ne substantia eius subvertatur. Sed humanius est, latius eandem legis interpretationem extendere in omnibus casibus, in quibus vetera iura currere quidem temporales praescriptiones adversus minores concesserunt, per in integrum autem restitutionem eis subveniebant, eas ipso iure non currere. Melius etiam est, intacta eorum iura servari, quam post causam vulneratam remedium quaerere; videlicet exceptionibus triginta vel quadraginta annorum in suo statu remanentibus.

(h) N. 111. — N. 131. c. 6.

(i) L. ult. C. de fund. patr. (11. 61.). — L. 6. C. de fund. rei pr. (11. 65.). — L. 13. pr.

III. È mestieri in terzo luogo che questo tempo non sia interrotto. La prescrizione può essere interrotta per varie cause:

1) S' interrompe la prescrizione non appena l'attore esce dall' inazione e fa uso del suo diritto; si distinguono nondimeno le azioni temporali dalle perpetue, perocchè la prescrizione delle prime è interrotta solamente alla *litis contestatio*, mentre per le altre è sufficiente che l'attore notificchi la sua azione al convenuto (k).

2) La prescrizione può interrompersi con la semplice protesta, specialmente quando il convenuto è assente senza procuratori, o è demente, o non può esser tratto in giudizio per qualunque cagione.

3) S' interrompe ancora quando espressamente, o tacitamente si riconosce il diritto dell' attore.

4) Finalmente per un' azione che dovrebbe essere intentata contro un determinato possessore, la prescrizione è interrotta appena questi perde il possesso (l).

IV. Circa alle conseguenze della prescrizione bisogna far differenza tra azioni reali, ed azioni personali. La prescrizione delle prime distrugge il diritto di agire, ossia l' azione sola è estinta, e non il diritto reale (m); mentre nelle azioni personali col prescrivarsi l'azione si estingue nel medesimo tempo anche il diritto personale.

V. Fin dal tempo di Teodosio una volta intentata l'azione, era la prescrizione interrotta, nè era possibile un' altra prescrizione mentre pendeva la lite. Teodosio restrinse ancora questa durata, ed introdusse un' altra specie di prescrizione, che comunemente appellasi prescrizione della lite pendente.

Questa prescrizione era di 30 anni, ma Giustiniano accettandola l'allungò di dieci anni, cosicchè l' azione che pende in lite si prescrive secondo quest' ultimo legislatore in 40 anni (n), computando dall' ultima azione processuale.

de div. tempor. praes. (44. 3.). *Hermog.* In omnibus fisci quaestionibus, exceptis causis, in quibus minora tempora servari specialiter constitutum est, viginti annorum praescriptio custoditur. — L. 2. §. 1. — L. 3. 4. de requir. (48. 17.). — L. 1. §. 3. de iure fisci (49. 14.). — L. 6. C. h. t. *Anast.* . . . Ideoque iubemus, eos, qui rem aliquam per continuum annorum quadraginta curriculum sine quadam legitima interpellatione possederint, de possessione quidem rei, seu dominio nequaquam removeri, functiones autem, seu civilem canonem, vel aliam quempiam publicam collationem eis impositam dependere compelli, nec huic parti cuiuscunque temporis praescriptionem oppositam admitti.

(k) L. 9. §. 3. de iureiur. (12. 2.). *Ulp.* Si is, qui temporalia actione mihi obligatus erat, detulerit insinrandum, et litem, enim dare oportere, egoque invero, tempore non liberatur, quia post litem contestatam cum eo perpetuatur adversus eum obligatio. — L. 8. in fin. de fi-deiuss. (27. 7.).

(l) L. 8. §. 1. C. h. t. (7. 39.).

(m) L. 8. §. 1. C. h. t. (7. 39.).

(n) L. 9. C. h. t. (7. 39.).

ANNOTAZIONI

(1) Per la natività dell'azione si è voluto costruire questa massima; *toties praescribitur actioni nondum natae, quoties nativitas est in potestate creditoris*; ossia non appena la possibilità giuridica di far nascere l'azione è nella potestà del creditore, o meglio dipende da fatti, il seguire de' quali è in facoltà del creditore, si ritiene che l'azione fin da quel punto sia nata.

Questa massima non è giustificabile secondo il diritto romano; il principio che si allega per sostenerla cioè « in iure civili receptum est, quoties per eum, cuius interest conditionem non impleri, fiat, quo minus impleatur, perinde haberi, ac si conditio impleta fuisset (o) » è vero solamente quando il mettere ostacolo all'adempimento della condizione apparisca come ingiustizia o come frode. Invece mettendo a confronto questa massima con la presente teoria, la troviamo contraria alla legge; essa chiede che l'azione sia nata senza portare limitazione di sorta, perchè la prescrizione incominci (p); e qualora nella L. 7. §. 4. C. h. t., è detto, che quando vi è un contratto sotto condizione, la prescrizione corra dal momento che il contratto è perfetto e dopo che si è adempiuta la condizione, non può essere esclusa senza arbitrio da questa generale disposizione, la condizione che dipenda dalla potestà del creditore; in altri termini anche in questo caso la condizione deve essere adempiuta (q).

(2) Avvi controversia sulla natività dell'azione, stabilendo alcuni giuristi che per dirsi nata un'azione, sia assolutamente necessario che il diritto, da cui origina, fosse violato. Da questo principio traggono, che quando una relazione giuridica porta con sé un indugio alla sua soddisfazione, quando per esempio il debitore non paga immediatamente, ma rimane per qualche tempo debitore, l'azione non nasce con l'origine del diritto e dell'obbligazione corrispondente; ma dal momento che il creditore cerca di essere soddisfatto, d'allora medesimamente correrebbe la prescrizione. Così l'azione di mutuo o di deposito non è prescrivibile fin da quando fu perfetto il contratto, ma da quando il creditore ha chiesto il pagamento del suo, o le cose depositate (r).

L'argomentare di questi giuristi può esporsi così. Il concetto della natività dell'azione non è possibile prima che vi fosse un qualche turbamento nel diritto, poichè secondo la sua natura ciascuna facoltà d'agire ha due elementi essenziali, un diritto che è la ragione della sua esistenza, ed una violazione, che suscita l'esercizio di quella facoltà: senza di questa violazione il diritto non potrà prendere mai la forma di azione (s). Secondamente uno dei motivi che giustificano la prescrizione dell'azione è la trascuranza dell'attore, la negligenza di agire; ora non si potrà certamente far parola di trascuranza e negligenza, quando l'attore non ebbe occasione di esercitare il suo diritto.

Questo ragionamento non è giusto secondo lo spirito delle nostre leggi. Il primo argomento non è esatto; imperocchè si confonde il diritto dell'azione con la opportunità del suo esercizio: e di vero in tutte le obbligazioni nascenti da contratti, af-

(e) L. 161. de R. J.

(p) L. 3. C. h. t. (7. 39.). — L. 1. §. 1. C. h. t. (7. 40.).

(q) Unterholzner, praescr. II. §. 260.—Savigny, o. c. pag. 282. — Puchta, comp. §. 20.

(r) Ved. Puchta, Pand. §. 9. Lezioni §. 186.—Schweppé I. §. 170.—Savigny, V. §. 239.

(s) Savigny, I. c. pag. 6.

Diritto romano.

finchè fosse stabilita l'azione, non si richiede altro che la perfezione del vincolo giuridico; e la violazione del diritto, va sempre non altrimenti considerata che qual motivo di produrre l'azione: ciò che già suppone che questa fosse in diritto precedentemente stabilita. Nè più felice è il secondo argomento, cioè che in un mutuo p. e. non sia possibile immaginare omissione da parte del creditore, prima che questi non abbia domandata al debitore la somma mutuata senz'ottenerla, e che per conseguenza prima di questo momento non possa aver principio la prescrizione. La negligenza o l'omissione di muovere l'azione non ha tanta importanza in questa teoria da esser posta come essenziale fin dal principio, nè essa è stata mai la *conditio sine qua non* pel principio della prescrizione; ha avuto soltanto una certa pratica importanza, in quanto che nel non uso dell'azione già stabilita per un lungo tempo si manifesta tale indifferenza ch'è giusto immaginare l'abbandono di quel diritto, od una soddisfazione forse non provabile. Oltrechè nel caso supposto da' nostri avversarii già si manifesta l'indolenza nell'attore che non chiede il suo, quando l'altro non ha adempito il di che dovea. Così nel principio di quei giuristi si manifesta immediatamente la contraddizione con lo spirito non solo, ma con le medesime parole della legge.

Dove finalmente si dichiara massimamente erronea siffatta dottrina è nell'applicazione. E di vero quel debitore il quale volesse opporre ad un' *actio mutui* l'eccezione di prescrizione, dovrebbe provare il principio della prescrizione medesima, ossia il giorno che la somma fu chiesta dal creditore. Da ciò segue naturalmente, che se non vi è stata domanda da parte del creditore, o se il debitore non potrà provare la esistenza di tale domanda dell'attore, l'azione potrà essere promossa legalmente dopo qualche secolo dagli eredi degli eredi; o meglio potrà benissimo succedere che un'azione di mutuo per questa via sia imprescrittibile, per non potersi provare il cominciamento della prescrizione.

Come abbiain veduto la nostra opinione non può essere più retta secondo le leggi, quantunque i sostenitori della contraria si sforzino ad interpretare a modo loro i passi citati; così p. e. nel passo di Papiniano, « *Sin autem communes nummos credam aut solvam, confestim pro parte mea nascetur et actio et liberatio* », il Savigny vorrebbe provare che la parola *confestim* non sta per opposizione alla domanda del creditore, ma per contro alla *consumtio nummorum*; poichè, stabilendo dapprima Papiniano che quando si dà danaro altrui, il mutuo è perfetto allora che la somma è consumata, qui determina che, se si è data una somma in comune; non avvi bisogno come prima della consumazione di quella. Non è da dubitare dell'esattezza di questa interpretazione; ma ciò non toglie nulla al nostro argomento; giusto perchè Papiniano, nell'esprimere il pensiero che dall'immediata formazione del mutuo si origina l'*actio mutui*, fa risultare chiaramente che con la esistenza del mutuo nasce l'azione. Naturalmente questa regola vale allora solo che il contratto di mutuo non va sottoposto a modi: giacchè in questo caso la prescrizione non può incominciare dall'origine del diritto personale; se il mutuo è stato fatto per un determinato tempo, prima del termine non può esservi parola di prescrizione.

L'interpretazione data dal Savigny alla leg. 1. §. 22. *depositi* (16. 3.), sembra che contrastasse alla nostra opinione, a sostegno della quale portavamo quella legge medesima. Essa è concepita in questi termini: « *Est autem et apud Iulianum lib. XIII. Dig. scriptum, eum, qui rem deposuit, statim posse depositi agere* ».

Se a queste parole della legge si fanno immediatamente, secondo la Savigny,

seguire queste altre « hoc enim ipso dolo facere eum, qui suscepit, quod reposcenti » *rem non reddat* » essa starebbe contro di noi, poichè la natività dell'azione sarebbe dipendente dal *repscere*; ed il vocabolo *statim* al principio del passo non avrebbe altra importanza di questa, che appena seguita la domanda della restituzione, l'azione può essere prodotta. Quest'interpretazione è erronea; imperocchè quando si congiungono le mentovate parole coi §§. 20 e 21, o si leggesse il §. 22. fino alla fine (*condemnationis tempore*), appare senza dubbio che quel *repscere* non si riferisce l'azione da produrre dopo la domanda del creditore, ma all'*actio depositi* medesima; ed il senso sarebbe il seguente: l'*actio depositi* potrà, immediatamente dopo trasferito l'oggetto, venire attuata; e quando il convenuto non restituisca le cose, allora vi è dolo, che ha per conseguenza la condanna del convenuto (1).

(3) È questo punto molto controverso nelle scuole di diritto, dappoichè mentre tutti si accordano per l'effetto delle azioni reali, differiscono di opinione in riguardo alle azioni personali; la prescrizione delle quali avrebbe secondo alcuni effetto di distruggere solamente l'azione e non il diritto, rimanendo un'obbligazione naturale (u). I sostenitori di questa opinione cercano difendere la loro dottrina così:

a) Che si debba ritenere, che dopo la prescrizione dell'azione personale resti una naturale obbligazione per analogia delle azioni reali; poichè, come in questa la prescrizione estingue solamente l'azione e non pure il diritto reale, così nelle azioni personali estinguerebbe l'azione, lasciando una obbligazione naturale.

b) In secondo luogo è regola di diritto romano, che quando è ammessa una eccezione in *odium creditoris*, e non in *favorem debitoris* rimane sempre un'obbligazione naturale (v). Ora la prescrizione dell'azione appunto è una pena alla negligenza dell'attore, come è detto espressamente in molte leggi (x): onde segue che quando l'azione è resa inefficace da un'eccezione, rimane sempre una *naturalis obligatio*; il che si rileva ancora più chiaramente da ciò, che le leggi al proposito non parlano che di una *submotio*, ovvero *extinctio actionis*, ma non della estinzione dell'obbligazione per prescrizione (y).

c) Finalmente sarebbe decisivo per la loro opinione il fatto, che allora quando un'azione di credito è estinta per prescrizione, rimane ciò non pertanto il diritto di pegno pel creditore, il che non potrebbe conciliarsi con l'estinzione totale dell'obbligazione (z).

Tutti questi argomenti sono di tal natura che meritano tutta la nostra attenzione, ciò non di meno teniamo fermo alla contraria teoria; provando a confutare nella seguente maniera i tre punti di sostegno dei nostri avversarii.

(1) Savigny L. C. pag. 299.

(u) Ved. Savigny, p. 366. — Puchta, comp. §. 92. — Lezion. I. P. 192. — Unterholzner, preser. §. 258. — Mühlenthal, comment. XXXV. pag. 462.

(v) L. 19. de cond. ind. (12. 6). Pomp. Si poenae causa eius, cui debetur, debitor liberatus est, naturalis obligatio manet, et ideo solutum repetere non potest. — L. 40 p. conf. con. la L. 31. de cond. indeb. (12. 6.). — L. 9. §. 4. 3. — L. 10. ad S. C. Maced. (11. 6.).

(x) L. 3. C. de praescript. 30. an. (7. 39.). — L. 2. pr. C. de annali except. (7. 40.). Iust. Ut perfectus omnibus consulamus, et nemini absentia vel potentia vel infantia penitus adversarii sui noceat, sed sit aliqua inter desides et vigilantes differentia, sancimus: reliq. — L. 3. fin. eod.

(y) L. 3. 4. 7. C. de praescr. 30. an. (7. 39.).

(z) L. 7. C. eod. — L. 2. C. de lit. pign. (8. 31.). Gord. Intelligere debes, vincula pignoris durare, personali actione submota.

Riguardo al primo argomento, non vi potrà essere perfetta analogia tra gli effetti nascenti dalle azioni reali, e quelli che nascono dalle personali, per la natura tutta differente delle due specie di azioni. Il diritto di obbligazione è precisamente l'opposto del diritto reale; il primo consiste in ciò, che una persona può pretendere da un'altra qualche cosa, cosicchè l'oggetto è determinato e circoscritto ad una determinata persona; laddovechè il diritto reale consiste nel totale o parziale dominio di una cosa, ed è indipendente dall'azione di qualunque terzo. Non sarebbe quindi naturale, se la prescrizione estinguesse anche il diritto reale con la estinzione dell'azione; come per contrario è questa conseguenza naturalissima nel diritto di obbligazione, cioè che la prescrizione, estinguendo l'azione, estingua nel medesimo tempo il diritto stesso, il quale non potrebbe per sua natura farsi valere che verso quella persona, che oramai n'è al coperto per prescrizione. È per ciò che in molti passi *actio* è preso per sinonimo di *obligatio* (aa).

2) La nostra opinione non sta in contraddizione della regola di diritto, che quando è ammessa una *exceptio in odium creditoris*, e non in *favorem debitoris* resta una obbligazione naturale: accettiamo la regola, ma non l'applicazione che vuol farsene. Quei giuristi avrebbero ragione, se l'istituto della prescrizione stesse a punizione dell'attore; ma si potrebbe loro domandare, che cosa si punisce in lui? Per ammettere il loro principio che credono essenziale alla prescrizione, bisognerebbe dire che il non produrre un'azione sia atto illecito e punibile, altrimenti la pena sarebbe illogica. È inutile ricordare in questo luogo qual sia il principio fondamentale della prescrizione dell'azione, e di tutte le prescrizioni in generale. Onde se la prescrizione non per *odium creditoris*, ma per tutt'altro motivo si oppone all'azione, è forza conchiuderne ch'è una eccezione perpetua la quale annulla ancora l'obbligazione. Il *Savigny* per sfuggire a questo argomento, che non poteva non essere da lui preveduto, non eccetta la distinzione, che pure è secondo i fonti, tra *exceptiones in odium creditoris, vel in favorem debitoris comparatae*, dicendola un'astrazione dei giuristi romani in due casi speciali, cioè del SC. Macedonio, e del SC. Velleiano; ed in vece ne stabilisce una tutta propria, ossia di eccezioni che nascono dal diritto civile, e di quelle nascenti dal diritto delle genti; questa nuova distinzione non solo non si trova nei fonti, ma è in contraddizione con essi (bb). Dall'altra parte l'espressione dei fonti *submotio, extinctio actionis* può benissimo significare l'estinzione della obbligazione; e che questo sia poi il vero significato di quella espressione si rileva da ciò, che in molti frammenti la estinzione del diritto stesso è sancito nominatamente come l'effetto della prescrizione estintiva. Leg. 4. C. h. t.: *nullumque ius..... quod praedictorum 40 annorum extinctum est, iugi silentio* (cc).

3) Il terzo argomento è di una difficoltà rilevante. Tcodosio nella legge 3. cit.

(aa) L. 3. pr. de bon. poss. (37. 1.). *Ulp. Bona autem hic, et pernamque solemus dicere, ita accipienda sunt: universitatis cuiusque successionem, qua succeditur in ius demortui, suscipiturque eius rei commodum et incommodum; nam sive solvendo sunt bona, sive non sunt, sive damnum habent; sive iucrum, sive in corporibus sunt, sive in actionibus, in hoc loco proprie bona appellabuntur.*—conf. L. 49. 91. de V. S. (50. 16.). *Paul. Meorum et tuorum appellatione actiones quoque contineri dicendum est.*—L. 8. §. 7. 11.—L. 24. §. 3. ad SC. Vellejan (16. 1.).

(bb) Ved. *Fragm. Vat.* §. 266.—*Savigny*, l. c. pag. 375.

(cc) Ved. leg. 9. de praescr. 30 ann. (7. 39.).

ordinò che tutte le azioni fossero soggette a prescrizione, meno alcune; e tra le altre l'azione ipotecaria fu determinata come imprescrittibile. Giustiniano sancì la prescrittibilità di tutte le azioni indistintamente, eccettuandone quanto al tempo l'azione ipotecaria, per la quale segnò il termine di 40 anni. Se dunque l'azione per la obbligazione principale dovevasi estinguere dopo 30 anni, e l'azione ipotecaria doveva durare ancora 10 anni, ciò pare che debba spiegarsi nel senso che, estinta per prescrizione l'azione, rimanga nondimeno un'obbligazione naturale. A questo si aggiunge il famoso rescritto di Gordiano L. 2. C. de lit. pign.: *Intelligere debes vincula pignoris durare, personali actione submota.*

È fuori dubbio che il diritto di pegno sussista anche quando per prescrizione è estinta l'obbligazione principale; ma ciò nasce dal carattere speciale del diritto di pegno, pel quale sono dalla legge tassati i modi di estinzione a questi: pagamento del debito, soddisfazione diversa del creditore, o rinuncia (dd). Non potendo l'estinzione per prescrizione agguagliarsi ad uno di quei modi, l'azione pignorizia non si estingue, e per questo caso si può dire con Paolo L. 59. ad SC. Trebell. (36. 1.). *remanet propter pignus obligatio naturalis.* Per la qual cosa non perchè estinguendosi l'azione del credito rimanga una obbligazione naturale, e perciò dura il diritto di pegno, ma a rovescio; per le speciali regole sulla estinzione del pegno, finchè questo dura, dura anche l'obbligazione naturale; quandochè se non vi è diritto di pegno, viene ad estinguersi anche il diritto principale (ee).

4) La verità della nostra teoria si fa ancora più chiara quando si parla delle azioni temporali, i cui principii possonsi applicare alle azioni perpetue, poichè Teodosio sulla base delle azioni pretorie sancì la prescrizione per tutte le azioni. Ebbene per le azioni temporali non solo è detto in parecchi frammenti, che *obligatio*, o *causa* o *res certo tempore finitur* (ff), ma troviamo espressamente che prescritta l'azione, non si potrà costituire la *fideiussione*, e termina quella già esistente, nè si potrebbe più ammettere il *constitutum*, estinta l'azione temporale (gg). Da tutto ciò è chiaro, che, compiuta la prescrizione, non si può per regola riconoscere obbligazione naturale (hh).

(dd) L. 13. §. 4. de pignor. (20. 1.). *Marcian.* Etiam si creditor iudicatum debitorem fecerit, hypotheca manet obligata, quia suas conditiones habet hypothecaria actio, id est, ei soluta est pecunia, aut satisfactum est, quibus cessantibus tenet; et si cum defensore in personam egero, licet is mihi satis dederit, et damnatus sit aequae hypotheca manet obligata. Molto magis ergo si in personam actum sit sive cum reo, sive cum fideiussore, sive cum utrisque pro parte, licet damnati sint, hypotheca manet obligata; nec per hoc videtur satisfactum creditori, quod habet iudicati actionem. — L. 38 §. 5. de solut. (46. 3.).

(ee) Büchel, dissert. civili N. 1. Marb. 1832. — Vangerow, o. c. I. §. 151.

(ff) L. 8. pr. neg. gest. (3. 5.). *Ulp.*.... Certe in sua persona iudicatum est; et ideo si ex causa fuit obligatus, quae certo tempore finiebatur, et tempore liberatus est, nihilominus negotiorum gestorum actio erit obligatus. — L. 1. §. 7. de cont. tut. act. (27. 4.). — L. 55. de legat. (30.). — L. 6. de O. et A. (41. 7.). *Paul.* In omnibus temporalibus actiones, nisi novissimus totus dies compleatur, non finit obligationem. — L. 2. C. in quib. caus. (2. 41.).

(gg) L. 37. de fideiuss. (46. 1.). *Paul.* Si quis, postquam tempore transactio liberatus est, fideiussorem dederit, fideiussor non tenetur, quoniam erroris fideiussio nulla est. — L. 38. §. 4. de solut. (46. 3.). — L. 25. §. 1. rat. rem. hab. (46. 8.). — L. 18. §. 1. de const. pec. (13. 5.).

(hh) Ved. Heimbach, giorn. di Glessen 1.^o pag. 436. Büchel — L. C. Thibaut, 8.^a edizione §. 10. 12., 9.^a ediz. §. 205. — Wening, §. 43. — Schilling, II. §. 116. — Vangerow, I. c.

§. 88.

Del concorso delle azioni

Donelli, Com. jur. civ. lib. XXI. c. 3. — Averani, Interpret. lib. III. c. 14. 15. — Savigny, De concursu delict. formali, Marb. 1800. — Zimmern, Delle azioni nossall. — Savigny, Sist. V. §. 231.

Come pei diritti così per le azioni possiamo avere un concorso. Si segnano quattro casi; concorso elettivo, cumulativo, successivo e sussidiario.

1) Si ha un concorso elettivo quando di due azioni l'uso di una esclude l'altra; è un concorso cumulativo, quando molte azioni possono promuoversi tutte unitamente o di seguito: un concorso successivo quando tale azione deve seguire rigorosamente tale altra, da cui necessariamente dipende; un concorso sussidiario finalmente, quando un'azione è prodotta in sussidio, non avendo la prima potuto ottenere lo scopo.

2) Il principio che decide nel concorso diverso delle azioni è il seguente. Quando le azioni che concorrono hanno identità di scopo, si ha allora che l'attore, producendo una, esclude le altre; poichè già con quella prodotta ottiene lo scopo desiderato, vi è per conseguenza un concorso elettivo o alternativo di azioni. Quando diverse azioni seguono diversi fini de' quali uno dipende dall' altro, l'attore dovrà prima produrre l'azione nascente p. e. dalla obbligazione principale, poi quella dell' accessorio, ed in questo caso si ha un concorso successivo. Quando molte azioni presegono dritti di diversa natura, cosicchè un'azione non fa ostacolo all' altra, ma che l'attore potrà produrre una indipendentemente dall' altra, si avrà il concorso cumulativo di azioni. In rapporto al concorso sussidiario di azioni si ha regole speciali corrispondenti al carattere tutto speciale di quelle azioni, le quali vengono determinate in diritto come sussidiarie. Queste, come la *in integrum restitutio*, l'*actio doli mali*, *quod metus causa*, la *querela inofficiosi testamenti* od *inofficiosae donationis* e l'*actio funeraria* possono essere intentate solamente quando sono esauriti i mezzi ordinarii, e perciò sono escluse da questi ultimi; in questo caso, se l'attore potrà giungere allo scopo con i mezzi ordinarii, l'azione sussidiaria non ha ragione di essere. Per la qual cosa le azioni sussidiarie non vengono in concorso con le azioni ordinarie, ma possono concorrere tra loro, così l'*actio quod metus causa* può concorrere in modo elettivo con la *in integrum restitutio*.

SEZIONE IV.

DELLE ECCEZIONI.

T. Inst. de exceptionibus (4. 13) — T. D. De exceptionibus, praescriptionibus et praeludiis (44. 1) — T. C. De exceptionibus seu praescriptionibus (8. 36) — *Gai. Inst.* IV. §. 115. sqq. — *Savigny, Sist. V. §. 226. ss.* — *Zimmern, Storia del dritto privato romano §. 91 a 98.*

§. 89.

I. Concetto delle eccezioni.

1) S'intende per eccezione un mezzo civile dato al reo convenuto per tutelare un suo diritto contro l'azione dell'attore; è dato a questo mezzo di tutela il nome di eccezione, poichè è destinato a produrre l'assoluzione del reo convenuto per eccezione, ossia anche quando è valido il diritto dell'attore al quale si oppone (a).

Il reo convenuto potrà opporsi al diritto dell'attore in varie guise:

a) Negando recisamente il fatto, dal quale scende il diritto dell'attore.

b) Adducendo altri fatti, per mezzo dei quali vien provato che il diritto dell'attore non è perfetto, ovvero è estinto, ossia che presentemente non esiste.

c) La eccezione può venire da un diritto che si appone a quello dell'attore, il quale quantunque esistente ed effettivo, non può essere esercitato con efficacia contro il reo convenuto.

I primi due modi, ognuno in certa maniera, negano la esistenza del diritto dell'attore; mentre nell'ultimo si oppone ad un diritto un altro, che rigetta il primo; quest'ultima è l'eccezione nello stretto significato della parola (b).

2) L'eccezione, nascendo da un diritto del reo convenuto, è di sua natura un'azione del convenuto, che si oppone ad una violazione prodotta dall'azione dell'attore. Da ciò risulta che quello stesso diritto, che può esser difeso per mezzo dell'azione, può secondo i casi esser tutelato da una

(a) *Ulp. 2. pr. h. t. Exceptio dicta est quasi quaedam exclusio, quae inter opponi actioni cuiusque rei solet ad excludendum id, quod in intentionem condemnationemve deductum est.* — V. Appendice VI. alla fine del capitolo (III.).

(b) *Pr. Inst. h. t. . . . Comparatae autem sunt exceptiones defendendorum eorum gratia, cum quibus agitur; saepe enim accidit, ut, licet ipsa persecutio, qua actor experitur, iusta sit, tamen iniqua sit adversus eum, cum quo agitur.* — L. 1. D. h. t. — L. 9. 19. pr. de prob. (22. 3).

eccezione (c); ogni azione adunque può essere usata come eccezione, ma non viceversa ogni eccezione può avere la forma dell'azione, poichè il diritto di eccezione può esistere senza che vi esistesse un diritto che fonda un'azione solamente come mezzo di difesa contro il diritto altrui (d).

§. 90.

II. Specie delle eccezioni.

I. Essendo l'eccezione un diritto del convenuto, ed avendo il medesimo principio dell'azione, sono applicabili le stesse regole delle azioni: così le formole delle eccezioni parte trovavansi nell' editto, e parte secondo i casi speciali erano fatte dal Pretore, le quali appellavansi ancora *exceptiones in factum* come le azioni; alcune nascono dal diritto civile ed altre dal *ius praetorium*. Similmente, come le *utiles actiones*, quelle eccezioni, le quali erano determinate per alcuni casi, furono estese ancora ad altri.

Le eccezioni hanno inoltre una propria divisione ch' è questa:

1) Le eccezioni sono perpetue o perentorie, temporali o dilatorie; queste ultime protraggono il diritto o l'azione dell'attore ad altro tempo; le perentorie o perpetue all' opposto sono eccezioni che distruggono per sempre l'azione dell' attore (a).

2) Le eccezioni sono *personae* o *rei cohaerentes*, le prime possono esser prodotte da colui che ne ha proprio e singolare diritto, ossia dal convenuto; le *rei cohaerentes* al contrario possono esser prodotte anche da altre persone le quali rappresentino il convenuto in giudizio, come eredi, compratori, fideiussori, ecc. Queste ultime formano la regola generale, le prime rappresentano solamente una eccezione.

Le norme intorno alle eccezioni sono le seguenti:

1) *Reus in exceptionibus actor fit*. Il convenuto nel produrre una eccezione allega un fatto, dal quale rileva non potere l'attore usare contro di lui il suo diritto; ora come l'azione poggia sopra un fatto, per cui vi è l'obbligo dell' attore di provarlo, così il convenuto ha l'obbligo di pro-

(c) L. 1. §. 4. de superf. (43. 18).—L. 156. §. 1. de R. I. *Ulp.* Cui damus actiones, eidem et exceptionem competere multo magis quis dixerit.

(d) L. 1. §. 4. de dolo malo (4. 3). — L. 7. pr. de pacti (2. 14). *Ulp.* Inris gentium conventiones quaedam actiones pariunt, quaedam exceptiones. — Ved. L. 7. §. 4. eod.

(a) *Gai.* L. 3. h. t.: Exceptiones aut perpetuae et peremptoriae sunt, aut temporales et dilatorias. Perpetuae atque peremptoriae sunt, quae semper locum habent, nec evitari possunt, qualis est, doli mali, et rei indicatae, et si quid contra leges seustasve consultum factum esse dicatur, item pacti conventi perpetui, id est ne omnino pecunia petatur. Temporales atque dilatorias sunt, quae non semper locum habent, sed evitari possunt, qualis est pacti conventi temporalis, id est ne forte intra quinquennium ageretur. Procuratoriae quoque exceptiones dilatorias sunt, quae evitari possunt.—L. 2. §. 4. h. t.—§. 8-11. Inst. h. t.—*Gai.* 120, 125, 133.

vare quel fatto, sul quale si fonda la sua eccezione. Perchè ha obbligo della pruova, il convenuto fra le parti dell' attore, e questi si rappresenta come il convenuto.

2) *Qui excipit non fatetur*. La eccezione come si è detto si oppone all' azione dell' attore; il convenuto cerca per mezzo di essa essere assoluto, anche non negando il diritto dell' attore, ma opponendone uno proprio. Egli nel produrre in giudizio la eccezione incomincia col confessare il diritto dell' attore, e poi ne oppone a quello uno proprio; ora la confessione del convenuto non fonda gli effetti della confessione in giudizio, ossia la condanna del convenuto stesso (§. 92.).

II. Dalla natura della eccezione possiamo ricavare le regole della sua estinzione. L'eccezione, nascendo da un diritto del convenuto, si estingue quando questo diritto vien meno: parimente va perduta quando non fu prodotta nella contestazione della lite. Sono annullate le eccezioni per pena:

- a) quando un fideiussore nega d'esser tale;
- b) quando il socio si nega per tale, perde il *beneficium competentiae*;
- c) quando il figlio di famiglia contrae un debito facendosi credere padre di famiglia, perde la eccezione del SC. Macedoniano (b).

Le eccezioni *personae cohaerentes* si estinguono con la morte della persona; le dilatorie trascorso il tempo e mutate le circostanze; le perpetue di regola non si prescrivono, finchè non sia stata intentata l'azione, poichè non dipende dal convenuto lo stabilire il tempo in cui dev' essere convenuto in giudizio (c).

ANNOTAZIONE

Una regola tutta speciale hanno le leggi per la *exceptio doli*; questa dapprincipio poteva allora solo essere prodotta, quando l'attore stesso era colpevole di frodo detta *exceptio doli specialis*; ma per una necessità della pratica essa fu estesa oltre il suo campo originario e fu introdotta l'*exceptio doli generalis* (d).

(b) L. 1. Cod. SC. Maced. (4. 28.). *Pertinax*. Si filius, quum in potestate esset, mutuum a te pecuniam accepit, quum se patremfamilias diceret, eiusque affirmationi credidisse te ius a ratione edocere potes, exceptio ei deuegitur.

(c) L. 5. §. 6. de doli mali excep. (44. 4.). *Paul*. Non, sicut de dolo actio certo tempore fluitur, ita etiam exceptio eodem tempore danda est; nam haec perpetuo competit quum actor quidem in sua potestate habeat, quando utatur suo iure, is autem, cum quo agitur, non habeat potestatem, quando conveniatur. — L. 5. 6. C. h. t.

(d) L. 4. §. 33. de dol. mal. except. (44. 4.). *Ulp*. Metus causa exceptionem Cassius non proposuerat contentus doli exceptione, quae generalis est. Sed utilius visum est, etiam de meto opponere exceptionem; etenim distat aliquid doli exceptione, quod exceptio doli personam complectitur eius, qui dolo fecit; enimvero metus causa exceptio in rem scripta est: si in ea re nihil metus causa factum est, ut non inspicimus, au is, qui agit, metus causa fecit aliquid,

L'eccezione di dolo poteva avere anche luogo, secondo questa nuova regola, quando l'attore conosceva tale circostanza, tale fatto pel quale la condanna del convenuto anche legale sarebbe stata *iniqua*, e ciò non ostante egli produceva e menava innanzi la sua azione. Quasi tutte le eccezioni potevano vestire il carattere di *exceptio doli*, qualora si poteva provare essere quella circostanza di fatto conosciuta dall'attore, e, ciò eh' è più rilevante, potevano essere prodotte anche nel corso della esecuzione della sentenza: così la *exceptio SC. Velleiani* e *SC. Macedoniani*. Come è naturale questa estensione dell' *exceptio doli* fu introdotta nei giudizi di buona fede, in cui il giudice, anche senza l'autorità del magistrato, poteva ammettere un' *exceptio doli* (e).

§. 91.

III. Replicazione e duplicazione.

T. Inst. de replicationibus (4. 14.).

L'eccezione, come si è detto di sopra, ha fondamento sopra un diritto del convenuto che si oppone a quello dell' attore, e però, come la legge dà al convenuto questo mezzo legale per difendersi dalle pretese dell' attore, similmente è mestieri che garantisca l'attore contro la pretesa del convenuto, che viene sotto forma di eccezione. Questo mezzo dato all' attore per difendere il suo diritto dalle pretese del convenuto chiamasi *replicazione*, la quale, similmente come l'eccezione, può toglier forza al diritto del convenuto (a). È per ciò che la *replicatio* è riguardata come l'eccezione, e ne ha tutto il carattere; essa tende a riaffermare quel diritto che l'attore allegava per mezzo dell' azione, e ciò anche riconoscendo il diritto del reo convenuto, ma coll' addurre altre circostanze ed altri fatti per mezzo de' quali quest' ultimo diritto vien considerato come di nessuna efficacia; con altri termini, non ostante il diritto del convenuto, l'attore cerca farlo condannare in forza della sua azione: se, a mo' d'esempio un fondo venisse rivendicato, l'azione rivendicatoria può essere resa inutile dalla eccezione del convenuto, che asserisce avere un diritto di locazione su quel fondo che si vorrebbe rivendicare; ma se l'attore replica d'essere stato fraudolentemente spinto a tale contratto, e colla *replicatio doli* cerca distruggere la *exceptio* del convenuto, questi non

sed ad omniū metus causa factum est in hac re a quocumque, non tantum ab eo, qui agit; et quamvis de dolo auctoris exceptio non obicitur, verumtamen hoc iure utitur, ut metum non tantum ab auctore, verum a quocumque adhibito exceptio obici possit.

(e) L. 21. sol. matr. (24. 3.). — L. 68. §. 1. de. cont. emt. (18. 1.). — L. 3. de rescind. vend. (18. 3.).

(a) L. 2. §. 1. de except. (44. 1.). *Ulp.* Replicationes nihil aliud sunt, quam exceptiones, et a parte actoris veniunt, quae quidem ideo necessariae sunt, ut exceptiones excludant; semper enim replicatio idcirco obicitur, ut exceptionem oppugnet. — L. 22. §. 1. eod. *Paul.* Replicatio est contraria exceptio, quasi exceptionis exceptio.

ostante il suo diritto di locazione, sarà condannato alla restituzione dell'oggetto con ogni pertinenza.

Egli è inutile determinare più regole su questo proposito, essendo le medesime di quelle che abbiamo notate per le eccezioni (b).

Questo procedimento si può replicare dall'altra parte, e come abbiamo veduto che il diritto dell'attore s'oppondeva con la *replicatio* all'*exceptio* del convenuto, similmente non si potrebbe negare un egual diritto a quest'ultimo per difendere la sua eccezione, ed opporsi alla *replicatio* dell'attore; questo novello mezzo giuridico appellasi *duplicatio*, colla quale il convenuto cerca anch'esso, riconoscendo pure il diritto che l'attore ha riaffermato con la *replicatio*, di far valere la sua eccezione, ed essere assoluto (c).

Questo si può, se è necessario, ripetere infinitamente, e possiamo similmente avere una *triplicatio*, *quadruplicatio* e così via via (d).

SEZIONE IV.

ATTI DEL PROCESSO.

§. 92.

I. *Litis contestatio*.

T. C. de *litis contest.* (3. 9.). — Winckler, *Discrimen int. lit. contest. iure veteri et hodierno*. Lips. 1713. — Wachter, *Teoria della influenza del procedimento sul diritto materiale*. — Savigny, *Sist.* VI. § 236.

Dopo che era stata intentata l'azione le parti o i loro rappresentanti dovevano comparire in giudizio nel tempo dalla legge determinato. Quivi l'attore doveva verbalmente esporre con più particolarità e diffusione il suo reclamo (*narratio*), al quale il convenuto rispondeva (*contradictio*), ed in questo modo il processo era solamente aperto (1). L'atto, con cui le parti accettavano il processo, giurando che esse avevano coscienza della giustizia dei loro reclami, dicevasi *litis contestatio* ed era il primo atto processuale per la decisione definitiva (a).

(b) *Gai.* Inst. IV. §. 226. — L. 48. de proc. (3. 3.). — L. 32. §. 2. ad SC. Vellei. (16. 1.). — L. 154. de R. 1. (50. 17.).

(c) §. 1. Inst. de. except. (4. 14.). *Rursus interdum evenit ut replicatio, quae prima facie iusta sit, inique noceat. Quod quum accidit, alia allegatione opus est adiuvandi rei gratia, quae duplicatio vocatur.*

(d) L. 2. §. 3. eod.; *Ulp.* Sed et contra replicationem rursus (quadruplicatio): et deinceps multiplicantur nomina, dum aut reus, aut actor abiicit. — §. 2. Inst. de except. (414).

(a) L. un. C. h. t. Sever. et Ant. Res in iudicium deducta non videtur, si tantum postula-

I. La *litis contestatio* ha grande valore ed efficacia, e precisamente è punto di mezzo pel diritto di un individuo; essa riguarda il passato in rapporto, come i giuristi dicono, alla consumazione dell'azione, e l'avvenire in rapporto alle conseguenze della medesima. Questo atto processuale produceva nella legislazione anteriore a Giustiniano una trasformazione, inquantochè distruggeva il diritto anteriore reale o personale che fosse, ed originava una novella obbligazione, producendo così una novazione (b). Questa permutazione che distrugge e crea non è più in vigore nella legislazione di Giustiniano nel senso, che la *litis contestatio* non annulla il primitivo diritto, ma dà origine nondimeno ed ancora oggi ad una nuova obbligazione (c). La ragione è che bisognerebbe perchè la tutela dei diritti fosse perfetta, che il giudice, udite le parti, desse fuori incontante la sentenza in favore del giusto querelante: questo raramente accade, ma spessissimo dalla contestazione della lite alla sentenza definitiva corre alcun tempo. Ora l'attore, supposto che giustamente faccia richiamo, non deve esser nociuto dal ritardo, e dopo finale sentenza convien che riceva i suoi diritti, quali avrebbe al momento del reclamo. Da questo principio deriva, che l'attore ha diritto che la condanna del convenuto segua conforme alla contestazione della lite, così che la sentenza tanto gli dia quanto avrebbe avuto in allora: e non solo ciò, ma ha diritto ancora che lo stato delle cose fin d'allora assicurato, vale a dire che la condanna abbia luogo, anche quando le condizioni giuridiche della lite manchassero durante il processo.

II. In virtù di questo principio vi sono le seguenti regole:

1) La contestazione della lite estingue la prescrizione delle azioni temporali, ed è il punto di partenza per la prescrizione della lite pendente (§. 85).

2) La *praescriptio longi temporis* è anch'essa interrotta dalla *litis contestatio* (d); ma la *praescript. longi temp.* s'interrompe col solo notificare l'azione al convenuto.

L'usucapione esce perfettamente da queste regole, poichè essa continua anche dopo la contestazione della lite; sebbene il più delle volte que-

sto simplex celebrata sit, vel actionis species ante iudicium reo cognita. Inter litem enim contestatam et editam actionem permixtum interest. Lis enim tunc contestata videtur, quum iudex per narrationem negotii causa audire coeperit. — Ved. anche Justin. L. 14. §. 1. de iud. (3. 1.): enim lis fuerit contestata post narrationem propositam et contradictionem obiectam.

(b) Gai. Inst. III. 180, 181. IV. 106, 108. — L. 11. §. 1. de nov. (44. 2). Ulp. Fit autem delegatio vel per stipulationem vel per litem contestationem.

(c) L. 23. de solut. (46. 3.). — L. 28. de fideius. (46. 1.).

(d) L. 2. C. ubi in rem actio (3. 19.). — L. 10. C. de praescript. h. t. (7. 33). Nec bona fide possessionem adeptis longi temporis praescriptio, post moram litem contestatae completa, proficit, quum post motam controversiam in praeteritum aestimetur.

sta eccezione non giovi al convenuto, poichè se viene condannato, e l'attore era vero proprietario nel punto della *litis contestatio*, egli è obbligato alla restituzione dell' oggetto (e).

3) La contestazione della lite è norma e misura per la sentenza , e specialmente:

a) Per le azioni reali la *litis contestatio* determina gli obblighi del possessore di buona fede; inquantochè dal momento della contestazione della lite egli è considerato come possessore di mala fede , e la sua condizione è la stessa dopo la contestazione che quella del possessore di mala fede prima di essa: per conseguenza egli è responsabile di dolo e colpa, ed è obbligato a restituire non solo i frutti *extantes*, ma ancora i *consumpti*, e indennizzare i *percipiendi*. Non sono diverse le conseguenze per il possessore in mala fede, dappoichè dalla *litis contestatio* è considerato come moroso; e per conseguenza non è più responsabile solamente di dolo o di colpa, ma ancora del caso fortuito, ed è condannato ad indennizzare non solo i frutti neglimentati, ma ancora quelli che il proprietario avrebbe potuto percepire se fosse stato in possesso della sua cosa.

b) In quanto alle azioni personali vi sono conseguenze simili, poichè il convenuto è obbligato dalla *litis contestatio* di restituire i frutti anche trascurati, quantunque fosse stato prima obbligato alla prestazione de' frutti; ovvero se l'obbietto della obbligazione è la moneta, sarà sempre obbligato agl' interessi anche non convenuti , detti perciò interessi della lite (f).

ANNOTAZIONI

Non è di piccolo interesse esaminare qual sia la regola in caso che l'azione non fosse fondata. Può avvenire che il fondamento dell' azione non esista al momento della *litis contestatio*, e nasca per l'attore durante il processo; ovvero può essere esistente al momento della *litis contestatio*, ed estinguersi durante il processo.

1) Nel primo caso l' azione dev' essere respinta, poichè è impossibile immaginare una *litis contestatio* sopra una azione di nessun fondamento; ma naturalmente ciò non impedisce di produrre una nuova azione. *Paul.* « Non potest videri in iudicio cum venisse id, quod post iudicium acceptum accidisset; ideoque alia interpellatione opus est (g).

Senza ragione alcuni giuristi fanno eccezione per i giudizi di buona fede, in

(e) L. 18. 20. 21. de rei vindic. (6. 1.). — L. 2. §. 21. pro. emt. (41. 4.). *Paul.* Si rem alienam emero, et quum nuncupaverem, eandem rem dominus a me petierit, non interpellari usucapionem meam *litis contestatione*. — L. 2. pro herede (41. 5.).

(f) L. 2. 33. de usuris (22. 1.). *Papin.* Vulgo receptum est, ut, quamvis in personam actum sit, post litem tamen contestatam causa praestetur, cuius opinionis ratio redditur, quoniam, quale est, quum petitur, tali dari debet, ac propterea postea captos fractus partumque editum restituere oportet. — L. 35. *Paul.* *Litis contestata usurae currunt.*

(g) L. 23. de iud. (5. 1. 3.). — L. 35. eod. — L. 11. §. 4. 5. de exc. rei iud. (44. 2.).

cui la *litis contestatio* potrebbe reggere anche quando il fondamento dell'azione venisse durante il giudizio. Essi argomentano massimamente dal seguente passo di Paolo: « Si mandavero tibi, ut tu a Titio decem exigeris, et ante exacta ea mandati » tecum agero, si ante rem iudicatam exigeris, condemnandum te esse constat ». (h); ma, come saviamente osserva il *Savigny*, in questo caso è già nata l'azione di mandato prima della contestazione; e la riscossione fatta dal mandatario durante il processo modifica solamente l'estensione della condanna.

2) Quando per contrario l'azione sta al momento della contestazione della lite e manca di poi, il caso è difficoltoso; dappoichè se si pone l'assoluto principio della contestazione della lite, si dovrebbe ammettere una condanna anche dopo estinto il diritto; il che sarebbe assurdo.

Bisogna su ciò distinguere le azioni reali dalle personali. Quanto a queste seconde, è probabile che nell'antico diritto per le azioni di stretto diritto si applicava quel principio rigoroso, che la *litis contestatio*, fissata legittimamente in forza della esistenza dell'azione, producesse di conseguenza la condanna, ancorchè nel corso del giudizio il fondamento dell'azione venisse a mancare.

Più tardi però non si sconobbe l'intima relazione logica tra la obbligazione primitiva, e l'altra che nasceva per la *litis contestatio*; ed allora fu sancito anche pei giudizi di stretto diritto, che quando un modo di estinzione si avvera nel corso del processo per la obbligazione originaria, si estingue ancora la obbligazione nata dalla contestazione della lite (i).

3) Diversa cosa è per le azioni reali, poichè se durante il processo si estingue il diritto reale, non si può dire che venga meno ancora l'obbligazione fondata per la contestazione, essendo un diritto tutto diverso. Per la qual cosa bisogna stabilire; che quei soli motivi di estinzione, che toccano direttamente l'obbligazione del processo, possono far respingere il diritto dell'attore ch'è mancato durante la lite; ma in diverso caso segue la condanna del convenuto, anche estinto il diritto dell'attore: così, non ostante che l'usucapione fosse compiuta contro l'attore durante il processo, o fosse estinto il diritto di servitù per *non usus*, ovvero perduto l'oggetto per colpa del convenuto, la condanna è senza ostacolo pronunziata; laddove quando l'oggetto va perduto per caso fortuito presso del possessore di buona fede, la condanna non avrebbe ragion di essere.

È conseguenza della contestazione della lite il divieto per l'alienazione delle cose litigiose, che molte vicende ebbe nel diritto romano. Era una delle leggi delle XII. Tavole di punire col risarcimento del doppio colui che consacrava agli Dei una cosa litigiosa; non possiamo argomentare dal passo di Gaio, che ci dà questa antica notizia, se la pena fosse diretta contro l'attore o contro il convenuto; è probabile che fosse applicabile ad entrambi (k). Similmente dal punto della contestazione della

(h) *Wächter*, o. c. p. 103.

(i) *Gai. Inst.* IV. 114.— §. 2. *Inst. de perpet. et temp. act.* (4. 12.). *Superest, ut admo- neamus, quod, si ante rem iudicatam is, cum quo actum est, satisfaciat actori, officio iudicis convenit cum absolvere; licet iudicium accipiendi tempore in ea causa fuisset, ut damnum debeat; et hoc est, quod ante vulgo dicebatur, omnia iudicia absolutoria esse.*

(k) *L. 3. de litig.* (44. 6.). *Gai. Rem. de qua controversia est, prohibemur in sacrum dedicare, alioquin dupli poenam patimur; nec immerito, ne liceat comodo duriorem adversarii conditionem facere. Sed duplum utrum fisco, an adversario praestandum sit, nihil exprimitur. Fortassis autem magis adversario, ut id veluti solatium habeat pro eo, quod potentiori adversario traditus est.*

lite in poi era vietato quando pendeva un giudizio divisorio, tanto all'attore quanto al convenuto di alienare la cosa litigiosa per qualunque atto giuridico; se questa legge fosse introdotta dal diritto pretorio o da altra legge speciale non si ricava dai testi (l).

Un editto di Augusto fece divieto di comprare una cosa litigiosa sotto pena della nullità della vendita, e di una multa in favore del fisco; è nondimeno controverso se l'editto riguardasse la vendita fatta dal non possedente attore, o dal possedente convenuto; ossia se la lacuna, che trovasi nel frammento §. 8. *de iure fisci*, debba essere riempita con le parole *a possidente*, ovvero *a non possidente*. Se si paragona questo frammento con un passo di Gaio: « item si fundum litigiosum sciens « a non possidente emeris, eumque a possidente petas, opponitur tibi exceptio, per « quam omni modo summo veris »; ed al proposito si ricordi che questo divieto fu limitato ai fondi italici (m), si fa chiaro che l'editto di Augusto riguarda la vendita fatta dal non possedente; poichè i fondi italici potevano solamente essere validamente alienati per mezzo della *mancipatio* dal proprietario non possedente. E ragionevolmente, poichè quando il fondo, la cui sorte dipende dalla lite, fosse alienato dal proprietario, può probabilmente il convenuto trovarsi esposto a più di una revindicazione; onde questi ha diritto di esserne garantito con quel divieto.

Senza dubbio l'editto annullava solamente la compra, ma non nel medesimo tempo la legale *mancipatio*; cosicchè la *vindicatio* del compratore era valida ancora in forza della *mancipatio*; ma per efficacia dell'editto tale azione veniva distrutta da una valida eccezione, estesa anche alle cose mobili (n).

A queste disposizioni si congiunge il diritto classico, eccettuato il caso del processo divisorio e la consacrazione agli Dei di una cosa litigiosa; ma sempre riguardando al caso che la vendita è fatta dal proprietario non possedente. L'alienazione fatta dal convenuto possessore non è qui attesa, perchè le alienazioni e le modificazioni apportate dal possessore non possono essere considerate coi medesimi principii qui esposti (o).

Stando così la teoria sull'antico divieto di alienare una cosa litigiosa, Costantino determinò ancor più questi principii del tempo aureo della giurisprudenza romana, ed ordinò: che qualunque alienazione fatta in forma di vendita, ovvero in forma di donazione anche tra le *personae coniunctae* dovea essere di nessun momento; ma anche in questi tempi il divieto è sancito solo per l'attore non possedente. Una costituzione di Graziano Valentiniano e Teodosio determina ancora altre

(l) L. 9. fin. reg. (10. 1.). — L. 13. 23. §. 6. fam. herc. (10. 2.). *Papin.* Alienationes enim post iudicium acceptum interdictae sunt, duntaxat voluntariae, non quae vetustiore causam et originem iuris habent necessariam. — L. 23. §. 6. eod. — L. 1. C. comm. divid. (3. 27.). — L. 3. C. de comm. rer. alien. (4. 52.).

(m) *Gai.* instit. IV. 117. — L. 27. §. 1. ad SC. Velleian. (16. 1.). — L. 1. §. 2. quae res pign. (20. 3.).

(n) L. 1. §. 2. quae res pignori (20. 3.). *Marcian.* Eam rem, quam quis emere non potest, quia commercium eius non est, iure pignoris accipere non potest, ut Divus Pius Claudio Saturnino rescriptis. Quid ergo si quis praedium quis litigiosum pignori acceperit? Et Octavianus putabat, etiam in pignoribus locum habere exceptionem. Quod, ait Scoevola libro tertio variarum quaestionum, procedere, ut in rebus mobilibus locum habeat.

(o) Ved. *Schmid*, De religiosarum rerum alienat. ex iure antelust. Inae 1840. — Ved. anc. L. 18. de rei vind. (6. 1.). — L. 1. C. de praeser. long. temp. (7. 33.).

conseguenze di questo divieto; ordina che in qualunque modo l'attore disponga per ultima volontà di una cosa litigiosa mobile od immobile, ovvero di un diritto di obbligazione ventilato in giudizio, nessuna mutazione soffre il processo; e l'erede dell'attore dev'essere costretto a proprio rischio di proseguire il giudizio (p).

Giustiniano ha fatto profondi cangiamenti a questa teoria; nella legge *de litigiosis* prescrive che se l'attore aliena la sua azione, o il convenuto la cosa posseduta, su cui cade il giudizio, la vendita è sempre nulla, fosse la qualità di cosa litigiosa conosciuta o no dall'acquirente. In questa legge adunque viene anche l'alienazione fatta dal convenuto possessore; e la ragione sta massimamente in ciò, che la condanna e l'esecuzione della sentenza, essendo diretta alla cosa stessa, e non più ad una certa pecunia, era interesse dell'attore, che la cosa non andasse in mano altrui; dal che si spiega come in questo caso piuttosto che negli altri sono comminate pene pecuniarie da Giustiniano. Se l'acquirente ha conoscenza del carattere di litigiosità e nondimeno compra l'oggetto, egli sarà obbligato non solo alla restituzione dell'oggetto al venditore, ma perderà benanche il prezzo della vendita: il venditore dal canto suo sarà condannato di pagare al fisco il prezzo ricevuto, e un altrettanto. Qualora poi al compratore fosse sconosciuto il carattere di litigiosità, questi è obbligato bensì alla restituzione dell'oggetto, ma ne riceve l'equivalente del quale solo un terzo va al fisco; il venditore poi è obbligato a pagare al fisco stesso due terzi del valore.

In fine della sua legge Giustiniano per eccezione, permette l'alienazione di una cosa o di un'azione litigiosa, quando serve per costituire una dote, o una *donatio propter nuptias*, ovvero in caso della divisione giudiziale od amichevole di una eredità. Queste determinazioni della legge 4. sono espressamente confermate nella Novella 112. c. 1.

Il carattere di cosa litigiosa si origina dalla contestazione della lite (q); sol che nella Nov. 112 è disposto che la cosa pretesa per mezzo di una *rei vindictio* riceve il carattere di litigiosa dal primo decreto; disposizione speciale che certamente non trova applicazione negli altri casi (r).

§ 93.

II. Delle prove.

T. D. de probationibus et praesumptionibus (22.3.). — T. C. de probationibus (4. 19.).

Primo dovere del magistrato, che deve decidere sul diritto in questione, è di convincersi giuridicamente della verità dei fatti dalle parti addotti, e così rendere agevole la sentenza. È interesse adunque delle parti di far convinto il giudice, ed il complesso dei mezzi per dimostrare l'esistenza di un fatto si appella prove, *instrumenta*.

(p) L. 2. 3. C. de litigiosis (8. 37.).

(q) L. 13. fam. creis. (10. 2.). ved. not. (k). — L. 1. §. 1. de litig. (44. 6.). — L. 1. C. (3. 37.). — L. 2. 4. C. de lit. (8. 37.).

(r) Vangerow, I. c. §. 160.

È regola generale che la pruova debba versare sul fatto, e non sul diritto (*iura agnoscit curia*); il giudice di per sè deve conoscere il diritto ed applicarlo *ex officio*. Il fatto inoltre dev'essere controverso, quando esso è notorio od emerge *ex visceribus causae*, non ha bisogno di esser provato.

2) Colui, che allega un fatto per sostenere un suo diritto, ha l'obbligo di provarlo; onde la massima *affermanti non neganti incumbit probatio*. L'attore col produrre un'azione allega già un fatto, egli ha l'obbligo per conseguenza di provarlo, indifferentemente se è espresso in maniera affermativa o negativa. È d'uopo notare che, se il convenuto nega recisamente il fatto senza allegarne un altro contrario, l'obbligo della pruova resta sempre da parte dell'attore; ma se quegli oppone all'azione dell'attore un'eccezione, allora, allegando con ciò un fatto contrario, è tenuto alla prova; onde la massima *in exceptione reus actor fit* (a).

3) Quando si adduce una relazione di diritto e si mette avanti una pretesione, la pruova deve versare non solo sulla esistenza del diritto, ma sulla legale origine, e sulla attuale durata, qualora vi fosse controversia; quando poi in generale si produce un diritto, si suppone vero e legittimo fino a pruova in contrario.

Mezzi di pruova possono essere le presunzioni di legge, le persone, le cose, gli accessi e le visite del giudice, le testimonianze dei terzi, le confessioni ed i giuramenti delle parti, e simiglianti.

A. Mezzi di pruova in particolare.

§. 94.

1) Della confessione, e degli atti.

T. D. de confessis (42.2). — T. C. de confessis (7.59.). — Savigny, Sist. VII. §.

I. È confessione quando l'una parte al cospetto dell'avversario accetta per vero e conferma un fatto da quello allegato. Essa è giudiziale ed estragiudiziale, la prima è fatta innanzi al magistrato nella medesima lite, l'altra fuori di giudizio per altri mezzi, ovvero innanzi ad un altro magistrato in altri casi. Per la prima confessione vi sono le regole infrascritte:

Confessus pro iudicato habetur, il che significa che la confessione essa sola può esser surrogata alla sentenza; dal momento che il convenuto ammetteva e confessava il diritto dell'attore, il magistrato, senza in-

(a) L. 2. h. t. *Paul.* Ei incumbit probatio, qui dicit, non qui negat. — L. 21. eod. — L. 4. C. de edendo (2. 1.). — L. 23. C. h. t. etc.

viare le parti innanzi ad un giudice, dava ordine per la esecuzione, salvo che la confessione non riguardasse una *certa pecunia*; imperocchè in questo caso, essendovi bisogno di una sentenza, le parti andavano innanzi al giudice, il quale sulla base della confessione pronunciava la sentenza. Questo avveniva nell'*ordo iudiciorum privatorum*, in cui la massima *confessus pro iudicato habetur* aveva tutto il valore (a). Nella legislazione giustinianea questa massima fu in certa guisa modificata; e, fin da quando non vi fu più distinzione tra il procedimento *in iure* e *in iudicio*, la confessione non fu più surrogata alla sentenza, ma le rimase ancora un gran potere, di guisa che quella massima non ha perduto ogni significato; imperocchè, quantunque fosse necessaria anche la sentenza, pure il giudice è sempre legato alla confessione, di fatto si aveva per fondamento della sua esistenza la confessione dell'una o dell'altra parte.

Intorno alla confessione si danno le seguenti regole:

Chi confessa deve avere la coscienza di sè stesso; onde le persone, che la legge considera come non idonee di avere perfetta coscienza di loro stesse, non possono validamente confessare; la confessione del *pupillo* senza l'autorità del tutore è di nessun momento, ed il minore può essere restituito in intero (b).

II. Alla pruova si possono surrogare altri mezzi, e particolarmente la presunzione, congettura, che o la legge ricava dalle norme generali di diritto, ed è si ferma che non ammette pruova in contrario, detta *praesumptio iuris et iure*; o che il giudice ricava dai fatti, e può sempre essere combattuta dalla pruova del contrario.

III. Mezzi di pruova sono gli atti ed i documenti, che presi in largo significato denotano tutto il corredo dei mezzi esteriori atti a produrre il convincimento del giudice, cosicchè in quest'accettazione entra ancora la testimonianza. In significato ristretto intendiamo per atti le scritture destinate a far fede e memoria di quanto si è operato: essi possono essere fondati o sulla pubblica fede, o sulla privata, e sono quindi pubblici o privati. Sono atti pubblici quelli rogati da pubblici ufficiali, ricavati da pubblici archivii, o fatti innanzi a cinque testimoni, fanno piena fede, salvochè cinque testimoni non attestino il contrario, p. e. la soddisfazione: sono atti privati i chirografi, le quietanze del creditore, le lettere e simili;

(a) L. 1. h. t. *Paul.* Confessus pro iudicato est, qui quodammodo sua sententia damnatur. — L. 6. pr. §. 2. *ibid.* *Ulp.* Certum confessus pro iudicato erit, incertum non erit (§. 2.). Sed et si fundum vindicem meum esse, atque confessus sis, periure habearis, atque si dominii mei fundum pronuntiatum esset..... et omne omnino, quod quid confessus est, pro iudicato habere.

(b) L. 6. §. 5. h. t. *Ulp.* In pupillo tutoris auctoritatem exigimus, minorem a confessione sua restituemus.

devono essere esibiti autentici e confermati da testimoni; se sono prodotti dopo la sentenza, essi sono affatto inefficaci (c).

§ 95.

2) Del giuramento.

T. D. de iureiurando, sive voluntario, sive necessario sive iudiciali (12. 2.). — T. C. de rebus creditis et iureiurando (4.1.). — *Malblanc*, *Doctrina de iurciurando*, Noremb. 1782 2.^a edit. Tübing. 1820. — *Savigny*, *Sist.* VII.

Un mezzo di pruova che ha molta efficacia sulla decisione della lite è il giuramento, con la quale parola intendiamo la dichiarazione di una parte che chiama in testimonio della verità ciò che ella tiene per più sacro. Il giuramento può riguardare il passato in quanto dà sicurezza di un fatto avvenuto o di un'azione già fatta, e può riguardare l'avvenire, in quanto dà sicurezza di un'azione da imprendere; nel primo caso il giuramento è appellato assertorio (*iusiurandum assertorium*), nel secondo caso promissorio (*iusiurandum promissorium*).

Il giuramento viene ammesso nel processo in varii modi:

1) Una delle parti può deferire all'altra il giuramento, ossia propone che l'altra attesti con giuramento quello che afferma, e, se la parte giura, devesi tenere per vera l'asserzione (a); e così la lite può esser decisa per mezzo del solo giuramento (b). Il giuramento nel processo ha questo valore, che colui che rifiuta di giurare si ritiene come confesso del contrario di quello che dovrebbe confermare per giuramento. Ma l'avversario per non sottostare a questa conseguenza, ossia affinché non sia tenuto come confesso, invece di rifiutare del tutto, può rimandarlo alla parte contraria (*iusiurandum referre*), perchè giurasse il contrario; la ricusa di questo giuramento arreca lo stesso pregiudizio (c). Tale giuramento

(c) L. 1. 2. 3. de fide instr. (22.4.). — L. 10. de probat. (22.3.). *Marcell.* Censui et monumenta publica potiora testibus esse, Senatus censuit. — L. 6. C. de re iud. (7.52.). *Honor et Theod.* Gesta, quae sunt translata in publica monumenta, habere volumus perpetuam firmitatem. Neque enim morte cognitoris perire debet publica fides.

(a) L. 2. h. t. 1). L. 2. h. t. *Paul.* Iusiurandum speciem transactionis continet, maioremque habet auctoritatem, quam res iudicata. — L. 3. pr. h. t. L. 23. §. 3. de probat. (22.3.). — L. 1. 2. C. h. t. L. 21. de dolo (4. 3.).

(b) L. 3. 7. seqq. h. t. 2). L. 9. §. 1. eod. *Ulp.* Iureiurando dato vel remisso reus quidem acquirit exceptionem sibi aliisque; actor vero actionem acquirit, in qua hoc solum quaeritur, an inraverit, dari sibi oportere, vel, cum iurare paratus esset, iusiurandum ei remissum sit. — L. 8. C. h. t. *Dioet.* et *Maxim.* Actori delato vel relato iureiurando, si iuraverit, vel ei remissum sit sacramentum, ad similitudinem indicati in factum actio competit. — L. 56. de re iud. (42.1.).

(c) L. 34. §. 6. h. t. *Ulp.* Ali Praetor: eum, a quo iusiurandum petetur, solvere, aut iu-

che può essere mandato e rimandato da una parte all' altra, dicesi *iusiurandum voluntarium*.

Il giuramento concede un diritto, epperò si richiede che la parte sia capace dell'acquisto di questo diritto, e sia idonea a poter giurare (d) (1).

2) Quando una pruova è insufficiente per contestare un principio in controversia, allora il giudice può permettere che la pruova addivenisse perfetta per mezzo del giuramento, e così il giuramento prende il nome di *iusiurandum suppletorium*.

3) Nelle azioni di restituzione, e ad *exhibendum* quali azioni di buona fede, se vi è contumacia o dolo o colpa lata, e non sia certo il valore del danno, è concesso all' attore di determinare questo danno, e la somma del risarcimento per mezzo di giuramento, appellato *iusiurandum in litem* (e). Il giudice nel deferire il giuramento può stabilire un massimo oltre del quale non potrà andare la stima dell' attore (*iusiurandum in litem cum taxatione delatum*), ovvero può stabilirlo dopo dato il giuramento (f) (2).

ANNOTAZIONE

(1) Queste regole riguardano tutte l'efficacia del giuramento assertorio; quanto al promissorio è senza dubbio ch'esso non è che un morale incitamento per adempiere quanto si è promesso; cosicchè una relazione, che giuridicamente è invalida, non potrà mai diventar legale per mezzo di un giuramento promissorio (g). Solo in al-

rara cogam: alterum quidem eligat reus, aut solvat, aut iuret: si non iurat, solvere cogendus erit a Praetore §§. ss.—L. 38, eod. 23. §. 1. de pecun. const. (13. 5.)—conf. L. 34. §. 4.—L. 37. h. t.

(d) L. 9. §. 4. 5.—L. 17. §. 1.—L. 22. 32. 34. §. 1.—L. 33. pr. §. 1. b. t. Paul. Prodigus, si deferat iusiurandum, audiendus non est. Idemque in ceteris similibus ei dicendum est, nam sive pro pacto convento, sive pro solutione, sive pro iudicio hoc iusiurandum cedit, non ab aliis delatum probari debet, quam qui ad haec abiles sunt.—L. 4. C. h. t.—conf. L. 9. §. 6.—L. 23. 26. §. 1.—L. 42. pr. §. 2. h. t.

(e) T. D. de in lit. iur. (12. 3). — T. C. h. t. (5. 53.). L. 5. b. t. (12. 3): Marcian. in actionibus in rem, et in ad exhibendum, et in bon. fid. iudiciis in litem iuratur. §. 1. Sed index praefinire potest certam summam usque ad quam iuret, licuit enim et a primo non deferre. §. 2. Item et si iuratum fuerit, licet iudici vel absolvere vel minoris condemnare. §. 3. Sed in his omnibus ob dolum solum in litem iuratur, non etiam ob culpam; haec enim index aestimat. §. 4. Plaque interdum et in actione stricti iudicii in litem iurandum est: veluti si promissor Stichum moram fecerit et Stichus decesserit: quia index aestimare sine relatione iusiurandi non potest rem, quae non extat.—red. L. 2. §. 1.—L. 8. b. t.—L. 18. de dolo (4. 3.),—L. 68. de rei vind. (6. 1.). — L. 7. si serv. vindic. (8. 5.). — L. 3. §. 2. ad exhib. (10. 4.). — L. 16. §. 3. de pig. (20. 1.). — L. 25. §. sol. mat. (24. 3.). — L. 48. §. 1. locat. (19. 2.). — L. 1. §. 26. de posit. (16. 3.).

(f) L. 4. §. 1. 3.—L. 5. §. 1. h. t. vedi not. (e).—L. 18. pr. de dolo. (4. 3.). L. 3. §. 2. ad exhib. (10. 4.). L. 68. de rei vind. (6. 1.).

(g) L. 7. §. 16. de pactis (2. 14.). Ulp. Et generaliter, quoties pactum a iure communi remotum est, servari hoc non oportet; nec legat, nec iusiurandum ad hoc adactum, ne quis agat, servandum Marcello libro secundo Digestorum scribit. — L. 5. §. 1. C. de leg. (1. 14.). — N. 31. pr. — Nov. 82. c. 11.

cuni pochi e determinati casi alcuna validità ne consegue. Difatti è sancita la conseguenza dell'infamia per un maggiore che rompe una transazione giurata (h); l'obbligo accettato con giuramento dal liberto di prestare servizio al patrono addivene valido già col solo giuramento (i); finalmente un rescritto di Alessandro Severo stabilisce che la rinuncia giurata da un minore addivene obbligatoria contro la restituzione in intero (k). Quest'ultimo rescritto fu variamente interpretato dai glossatori, e mentre Bulgaro lo riporta agli atti validi, Martino lo vuole applicato generalmente, anche quando p. e. si tratti d'alienazione fatta dal minore senza l'autorità necessaria; ma la prima opinione è più confacente allo spirito del diritto romano.

(2) È quasi una comune opinione, che il giuramento in lite sia un mezzo civile, in virtù del quale il danneggiato determina a suo arbitrio il massimo del danno prodottogli per dolo o colpa lata; onde del giuramento in lite trattano gli scrittori nella teoria del risarcimento. L'opinione è poco retta: bisogna avere per principio: che tale giuramento, secondo il suo vero concetto, è quello per mezzo del quale l'attore nelle azioni arbitrarie e nelle azioni di buona fede dirette alla restituzione o ad *exhibendum*, stima il valore dell'obbietto della controversia, quando il reo convenuto obbligato alla restituzione o all'esibizione si rende contumace, ovvero non è nello stato di adempiere a tale obbligo per dolo o colpa lata (l). Fuori di ciò ed in altre azioni non si riconosce giuramento in lite.

Qualche dubbio può venire per le azioni di buona fede, nelle quali stando ad alcuni testi si può essere indotto ad ammettere sempre il giuramento in lite (m). Pure sarebbe questo un errore pe' seguenti motivi:

1) La contraddizione sarebbe patente con la legge 68 di R. V., secondo cui il giuramento è ammesso sol quando si tratti di quelle azioni *ex quibus arbitrato iudicis quid restituitur*; così in un'azione di buona fede, l'*actio rei uxoriae*, il giuramento in lite è ammesso per l'unica ragione: *quia invitis nobis res nostras alius retinere non debeat* (n).

2) Nell'*actio depositi contraria* è nominatamente negato il giuramento in lite, il che non si potrebbe spiegare se il medesimo fosse dato per tutte le azioni di buona fede che hanno a cagione il dolo; negato, perchè appunto l'azione non è diretta alla restituzione (o).

D'altra parte tutte le azioni di buona fede nominate dai testi, che ammettono un giuramento in lite sono tutte dirette alla restituzione: così nell'*actio depositi*, *commodati*, *locati*, *rei uxoriae*, *actio tutelae* (p).

3) I testi citati per l'opinione contraria niente provano; imperocchè in uno si

(h) L. 41. C. de transact. (2.4.).

(i) L. 7. pr. §. 1. de oper. libert. (38.1.). Ulp. §. 1. Plane queritur, si quis liberto suo legaverit, si filio suo innaverit, se decem operarum nomine praestitutum, an obligetur iurando. Et Celsus Inventum obligari eum ait, parvique refert, quam ob causam de operis libertus iuraverit, et ego Celso acquiesco.

(k) L. 1. C. si adv. vend. (2.28).

(l) Vedi not. (e).

(m) Ved. L. 5. pr. h. t. vedi not. (e) — L. 3. §. 2. commod. (13.6.).

(n) L. 25. §. 1. soluto mat. (24.3.).

(o) L. 5. pr. de depos. (16.3.).

(p) L. 3. h. t. — L. 1. §. 26. depos. (16.3.). — L. 3. §. 2. commod. (13.6.). — L. 48. §. 1. locat. (19.2.). — L. 25. §. 1. soluto mat. (24.3.). — L. 8. h. t. — L. 2. 4. C. h. t. — L. 7. pr. de adm. tut. (26.7.).

dice che vi sono azioni di buona fede, nelle quali puossi ammettere un giuramento in lite; e nella L. 3. *commodati* bisogna attendere alla parola *similiter*, e si avrà il medesimo risultato; cioè che il giuramento in lite può venire ancora in altre azioni di buona fede, quando queste similmente all'azione di commodato sono dirette alla restituzione.

Da ciò si conferma che nelle azioni di buona fede non dirette alla restituzione, come l'*actio emti* è negato il giuramento di cui già parlammo (q).

Negandosi il giuramento in lite nelle azioni di buona fede, molto più si dovrebbe nelle azioni di stretto diritto, e ciò sia per il carattere fermo, e ristretto di queste azioni, sia perchè esso fanno nascere una novella obbligazione senza essere dirette nè al *restituere* nè all'*exhibere*. In alcune di queste azioni, nondimeno è rammentato un giuramento in lite, ma certamente non del medesimo carattere che nelle azioni arbitrarie, e nelle azioni di buona fede che tentano ad una restituzione. Quando al giudice torna impossibile una *aestimatio litis*, perchè forse l'oggetto più non esista, e quando questa impossibilità viene dalla colpa del convenuto, egli potrà come mezzo sussidiario di pruova dare il giuramento all'attore (r). Questo giuramento in lite, differente da quello da noi finora considerato, non può neppure essere dato nel *damnum iniuria datum*; la contraria opinione che vorrebbe applicarlo per regola quando vi è dolo o colpa lata, cade quando si considera che l'*actio legis aquilinae* è un' azione di stretto diritto, e che non è diretta al *restituere*.

Nè meno erronca della precedente è l'opinione, che l'attore nel giuramento in lite possa nella stima guardare non solo al valore reale, ma anche ad un prezzo di affezione; onde si fa la distinzione tra il *iusiurandum in litem veritatis*, che porta di giurare secondo il valore oggettivo, come nelle *actiones stricti iuris* e nel danno prodotto dalla *culpa levis* in mancanza di altra pruova; e tra il *iusiurandum in litem affectionis* che sarebbe di norma in tutti gli altri casi (s). Non è difficile il dimostrare che tale prezzo di affezione è perfettamente ignoto ai Romani nella teoria dei risarcimenti, fosse pure il danno prodotto per dolo o per colpa; e le parole della legge 54 pr. mand. (17. 1.): *placuit prudentibus affectus rationem in bonae fidei iudiciis habendam*, cui s'attiene qualche giurista per la contraria opinione, suonano diversa cosa. Leggendosi quel passo nell'insieme, esso non dice che colui il quale ha prodotto il danno ha l'obbligo di risarcire l'attore secondo il prezzo di affezione; ma ch'è sufficiente un interesse di affezione per assicurare la validità di un atto, che sarebbe altrimenti nullo per mancanza d'interesse (t). La nostra opinione è consona al principio generale del diritto romano: *pretia rerum non ex affectu, nec utilitate singulorum, sed communiter funguntur* (u), il qual principio trovasi perfettamente applicato nella dottrina dei risarcimenti (v).

(q) L. 4. C. de act. emt. vend. (4.49.).

(r) L. 5. §. 4. L. 6. h. t.

(s) Glück, comm. XII. pag. 406. 421. 461.

(t) L. 35. de minor. (4. 4.).—L. 6. pr.—L. 7. de serv. export. (18. 7.). *Papin.* Ceterum, si, ne prostitutus exceptum est, nulla ratio occurrit, cur poena peti et exigere non debeat, quam et ancillam contumeliam effecerit, et venditoris affectionem forte, simul et verecundiam laeserit, etenim alias remota quoque stipulatione placuit, ex vendito esse actionem.

(u) L. 63. pr. ad leg. Falc. (35.2.).—L. 6. §. 2. de oper. serv. (7.7.). *Ulp.* Item voluptatis vel affectionis aestimatio non habebitur, veluti si dilexerit eum domus, aut in deliciis habuerit.

(v) L. 1. §. 13. si quid. in fraud. (38.5.).—L. 33. ad leg. Aquil. (9.2.).—ved. Savigny, Sist. V. pag. 466.

Ora in questa teoria vi dev'essere il fondamento del giuramento in lite, poichè sembrerebbe poco naturale che per il giuramento in lite, ch'è un mezzo straordinario per l'indennizzo, devono valere altre regole, anzichè quelle della teoria per cui serve. In generale poi in un simile affare il giudice tende a stabilire il prezzo obbiettivamente secondo i mezzi di pruova che gli sono offerti, e l'attore secondo il suo interesse; ma entrambi devono determinare lo stesso cioè *quanti res est*, o *quanti actoris interest*, ossia il valore dell'oggetto e l'interesse dell'attore; entrambi partono da punti opposti e pervengono ad opposti risultati. Secondo quest'ultima differenza è facile interpretare quelle leggi che hanno condotto quei giuristi ad ammettere un prezzo di affezione. Così è da determinarsi il contrapposto della legge 8. h. t.; *quanti res est*, è la stima imparziale fatta dal giudice, mentre l'altro contrapposto, *quanti in litem iuratum fuerit*, sarebbe la parziale stima dell'attore (x). Non fa nessuna difficoltà a questa opinione la legge 1. h. t. nella quale è detto, che la *condemnatio* può *crescere* per mezzo del giuramento in lite, o l'oggetto verrebbe per contumacia stimato *ultra pretium rei*; poichè secondo la natura della cosa, l'attore apprezza il suo oggetto e rileva il suo interesse più alto che può, certamente più della stima obbiettiva e imparziale che potrebbe fare il giudice.

§. 96.

3) Della sentenza.

T. D. de re iudicata (42. 1.). — Eod. de except. rei iud. (44. 2.). — T. C. de sententiis et interlocutionibus omnium iudicum (7. 43.). — Eod. de re iudicata non nocet (37. 6.). — Eod. inter alios acta vel iudicata non nocere (7. 60.). — Savigny, Sist. VI. §. 280 ss.

1) La sentenza è l'ultimo degli atti, che chiude il processo decidendo la lite, sicchè essa contiene o la condanna o l'assoluzione del reo.

Affinchè la sentenza avesse forza di legge e producesse un'efficace condanna o assoluzione del convenuto, è mestieri che sia valida e non abbia motivo di appello.

2) La sentenza è considerata nulla, quando non si sono osservate tutte le formalità del processo; quando contiene qualche cosa impossibile; quando nel giudizio è avvenuto un *error calculi*, e finalmente quando discende da un falso principio (a).

(x) L. 16. §. 3. de pignor. (20. 1.).

(a) L. 1. §. 1. quae sent. sinc appell. (49. 8.). *Mucet. Item si calculi error in sententia esse dicatur, appellare necesse non est; veluti si iudex ha pronuntiaverit; quum constet, Titium Seio ex illa specie quinquaginta, item ex illa specie vigintiquinque debere, idcirco Lucium Titium Seio centum condemno; nam quoniam error computationis est, nec appellare necesse est, ei citra provocationem corrigitur. Sed et si huius quaestionis iudex sententiam centum confirmaverit, si quidem ideo, quod quinquaginta et vigintiquinque fieri centum putaverit, adhuc idem errore computationis est, nec appellare necesse est; si vero ideo, quoniam*

La sentenza durante il perentorio dell'appello, esteso da 2. a 10 giorni da Giustiniano (b), non ha forza di legge; ma se al contrario essa non contiene motivo di nullità o di appello, ha forza di *res iudicata* e fa nascere una novella obbligazione; onde il principio *res iudicata pro veritate habetur* (1).

Se per mezzo della sentenza il convenuto è condannato, l'attore avrà per sé un novello diritto, ed una novella azione che prende nome dalla efficacia della sentenza, *actio iudicati*; similmente se la sentenza assolve il convenuto, avrà quest'ultimo una eccezione in suo favore contro ogni pretensione ulteriore dell'attore sull'affare giudicato, la quale è appellata *exceptio rei iudicatae*. Nello stesso modo la medesima sentenza con la forza di *res iudicata* diventa secondo le circostanze de' casi una *replicatio* ed una *duplicatio* (c).

Questa forza giuridica della sentenza è in favore e contro le medesime parti e contro i loro successori nel diritto, ovvero per coloro i quali fanno da quella derivare una qualche pretensione di dritto (d); solamente in pochi casi determinati la forza della sentenza si estende ad altre persone, le quali non furono parti nella questione già risolta per mezzo della sentenza (e) (2).

3) La sentenza, se contiene la condanna, obbliga il convenuto a riconoscere il diritto dell'attore in tutta l'estensione legale. Vi sono però dei casi specificati, nei quali la condanna non va a tutto l'ammontare della obbligazione, ma si restringe solamente alla possibilità del convenuto (*condemnatio in id quod debitor facere potest*); e questo è un beneficio in favore di alcune persone dalla legge determinate (*beneficium competentiae, seu deductionis*).

4) I casi in cui è legittimo questo *benef. camp.* sono i seguenti:

et alias species viginti quinque fuisse dixerit, appellationi locus est. — L. 19. de appell. (49. 1.). *Modest.* Si expressim sententia contra iuris rigorem data fuerit, valere non debet; et ideo et sine appellatione causa denno induci potest. Non iure profertur sententia, si specialiter contra leges, vel Senatusconsultum, vel Constitutionem fuerit prolata. Unde si quis ex hac sententia appellaverit, et praescriptione summotus sit, minime confirmatur ex hac praescriptione sententia; unde potest causa ab initio agitari.

(b) Nov. 28. c. 1. — Nov. 119. c. 5.

(c) L. 3. de except rei ind. (41. 2.). *Ulp.* Iulianus libro tertio Digestorum respondit, exceptionem rei iudicatae ob stare, quoties eadem quaestio inter easdem personas revocatur.

(d) T. C. (7. 60.) conf. — L. 4. h. t. *Ulp.* Rei iudicatae exceptio tacite continere videtur omnes personas, quae rem in iudicium deducere solent. — L. 28. *Papin.* Exceptio rei iudicatae nocebit ei qui in dominium successit eius, qui indicio expertus est. — L. 11. §. 3. 7. 10 — L. 25. §. 2. — L. 28. 29. §. 1. i. c. (44. 2.). — L. 9. l. 2. — L. 27. 40. §. 2. — L. 66. de procurat. (3. 3.).

(e) L. 25. de stat. hom. (1. 5.). — L. 24. de dolo (4. 3.). — L. 9. 43. de liber. causa (40. 2.).

a) Pei genitori rispetto ai loro figli (f).

b) Per l'un coniuge contro l'altro non solo per azioni prodotte durante il matrimonio, ma ancora per quelle intentate dopo lo scioglimento di esso (g).

c) Al suocero chiamato in giudizio dal genero per una promessa di dote è dato questo beneficio: ma se il giudizio avviene fuori matrimonio, solo allora potrà il suocero giovare del *benef. competentiae*, quando non è colpevole di dolo (h).

d) Nel caso di scioglimento del matrimonio per determinazione di legge, ma non in caso di dote recettizia, la eccezione di competenza compete sempre al marito (i), ai figli dello stesso procreati nel medesimo matrimonio (k), ed al padre; esclusi sono tutti gli altri eredi del marito (l).

e) Quando il marito vien tratto da un altro in giudizio con un' *actio funeraria*, è sempre condannato in *id quod facere potest* (m).

f) Per un rescritto di Antonino Pio il beneficio in parola compete in una più grande estensione al promettente una donazione chiamato in giudizio dal donatario in forza della promessa (n).

g) È dato al socio chiamato in giudizio con l'*actio pro socio* (o).

(f) §. 38. Inst. de act. (4. 6.). Sed et si quis cum parente suo patronove agat, item si socium cum socio iudicio societatis agat, non plus actor consequitur, quam adversarius eius facere potest. Idem est, si quis ex donatione sua conveniatur. — L. 54. sol. mat. (24. 3.). — 16. de re iud. (42. 1.).

(g) L. 20. de re iud. (42. 1.). *Modest.* Non tantum dotis nomine maritus, in quantum facere possit, condemnatur, sed ex aliis quoque contractibus ab uxore iudicio conventus, in quantum facere potest, condemnandus est ex Divi Pii constitutione. Quod et in persona mulieris aequa longe servari aequitatis suggerit ratio.

(h) L. 21. 22. de re iud. — *Pompon.* Sed hoc ita accipiendum est, si a socero dos ex promissione petatur soluto matrimonio; verum si manente matrimonio dos ab eo petatur, succurrendum utique est, ut ne maioris summe condemnatur, quam quantum facere potest. — L. 17. pr. solut. matr. (24. 3.). — L. 84. de iur. dot. (23. 3.).

(i), L. 12. 15. pr. L. 17. §. 2. solut. matr. (24. 3.). — *Ulp.* L. 12. Maritum in id quod facere potest, condemnari exploratum est; sed hoc heredi non est praestandum. — L. 17. 20. 21. 23. 24. §. 1. de re iud. (42. 1.). — L. un. §. 7. C. de rei ux. act. (5. 13.). — §. 37. Inst. (4. 6.).

(k) L. 18. pr. sol. matr. *Pompon.* Etiam filios mulieris, qui patri heredes extiterunt, in id, quod facere possunt, condemnandos labeo ait.

(l) L. 15. §. 2. — L. 16. 27. sol. mat. (24. 3.). — L. 21. de rejud. (42. 1.) — L. 17. sol. mat. vedi not. (f).

(m) L. 27. §. 2. de relig. et sumt. funer. (11. 7.). *Ulp.* Praeterea maritum puto funerariam id domum teneri, quod facere potest; id enim lucrari videtur quod praestaret mulieri si conveniretur.

(n) L. 19. §. 1 de re iud. (41. 2.). *Paul.* Is quoque, quia ex causa donationis convenitur, in quantum facere potest, condemnatur;

(o) §. 38. Inst. de act. (4. 6.). — Vedi not. (f).

h) Il debitore che ha ceduto i beni, potrà opporre l'eccezione di competenza pei beni novellamente acquistati (p).

k) Il figlio di famiglia, che durante la patria potestà contrae degli obblighi, e viene chiamato in giudizio dopo l'emancipazione, è condannato con questo beneficio; ed anche quando vien tratto in giudizio dopo la morte del padre, posto che dalla eredità abbia ricavato poco o nulla relativamente al debito (q).

i) I soldati per ogni obbligazione hanno il beneficio suddetto (r).

l) Finalmente il beneficio di competenza può nascere anche da contratto (s).

ANNOTAZIONE

(4) V'ha una opinione sostenuta da parecchi antichi e da qualche recente scrittore che altera sensibilmente la efficacia della sentenza, in quanto che sostiene che dopo una sentenza assolutoria, quando il debitore è assoluto ingiustamente, rimane sempre una obbligazione naturale, onde non si potrà ripetere un pagamento fatto per errore (t).

A questa opinione contrasta l'altra che anche in questo caso si annulla perfettamente l'obbligazione (u). Per questa controversia trattata da tutte le scuole bisogna concentrare la mente sopra questi punti.

1) Ci pare che la prima opinione contraddice al principio generale sulla virtù della *res iudicata*; che suona così: quando un fatto è stato determinato da una pronunziatione che ha forza di legge, nessun giudice può avere la facoltà di esaminare la giustizia o la ingiustizia di quella pronunziatione. *Post rem iudicatam vel iureiurando decisam vel confessionem in iure factum NIHIL QUÆRITUR* (v); onde qualunque misura presa contra una sentenza, che ha acquistata virtù di *res iudicata*, si considera fatta contro la legge, e non ha valore nessuno (x). Questo principio fermo ed assoluto per legge e per la natura delle cose sarebbe nullo per ogni sentenza as-

(p) L. 4. 6. de cess. bon. (42. 3). *Ulp.* Is, qui bonis cessit, si quid postea adquisierit in quantum facere potest, convenitur. — L. 3. C. de reb. auct. iud. (7. 72).

(q) L. 2. 7. quod cum eo (14. 3.). — L. 37. §. 2. de adm. et per. (36. 7).

(r) L. 6. pr. 18. de re iud. *Ulp.* Miles, qui sub armata militia stipendia meruit, condemnatus eatenus, quatenus facere potest, cogitur solvere.

(s) L. 49. de pactis. (2. 14.). *Ulp.* Si quis crediderit pecuniam, et pactus sit, ut, quatenus facere possit debitor, eatenus agat, an pactum valeat? et magis est hoc pactum valere; nec enim improbum, et si quis hactenus desideret conveniri, quatenus facultates.

(t) Ved. *Savigny*, Sist. pag. 376. not. c. — *Cuiac.* in libr. III. quaest. — *Paul.* leg. 60. cond. ind. (in op. omni. vol. V. pag. 941. 199.) — *Ant. Faber.* coniect. IV. 20. Ration. ad l. 60. ert. — *Sinténis*, dritto di pegno pag. 118. — *Erzleben*, le conditiones sine causa, dissert. Lips. 1830. — *Mühlenbruch*, §. 330. not. 21. — *Puchta*, §. 270. not. g.

(u) *Donnelli*, comm. iur. civ. XIV. 12. — *Cocceii*, de vero debitor. sent. absol. in Exercit. curios. II. disp. 44. — *Keller*, litis contest. p. 159. n. 6. — *Thibaut*, Pand. §. 632. 9.^a ediz. §. 562. — *Scheppe*, §. 612. — *Wening*, §. 252.

(v) L. 36. de re iud. (42. 1.).

(x) L. 1. C. quando provoc. nec non est. (7. 64.).

solutoria, chè non è da dire che quell' opinione si restringa alle sole ingiuste assolutorie; posciachè l' attore che ha perduto la lite, può asserire di essere stato ingiustamente assoluto, e la sentenza dovrebbe essere sempre sottoposta ad una novella *cognitio*. In fatti posto che un' azione fosse stata rigettata in tutti i gradi d'istanza; e che poscia l'attore addivenga debitore dell' assoluto; chiamato in giudizio, egli asserendo di essere stato l'altro ingiustamente assoluto dal precedente giudizio, per l'obbligazione naturale oppone una eccezione di compensazione; e come, secondo quei giuristi, ad una *replicatio rei iudicatae* si può validamente contrapporre una *duplicatio rei male iudicatae*; il giudice dovrebbe in definitiva novellamente fare inchiesta e giudicare sulla giustizia od ingiustizia della *res iudicata*. Così ancora posto che il convenuto, assoluto da sentenza che abbia virtù di *res iudicata*, paghi all'attore, nulla conoscendo della sentenza, è fuori dubbio che a lui non solo compete la *condictio indebiti*; ma, secondo i nostri contrarii, anche in questo caso il creditore può costringere il giudice di portare una novella *cognitio*, e così decidere della giustizia o della ingiustizia del giudicato. Se in tanti casi, come per compensazione, per *soluti retentionem*, l'attore che perdè la lite può sottoporre il giudicato a nuova e sostanziale revisione, qual valore terrebbe più la massima: *res iudicata pro veritate habetur*?

2) Afforza la nostra opinione l'analogia così spesso posta tra il giuramento e la *res iudicata*. Non v'ha dubbio che colui il quale è liberato da una obbligazione per mezzo del giuramento, può rievocare il pagamento fatto per errore per mezzo della *condictio indebiti*: ora appunto in questo rapporto il giuramento è assomigliato alla sentenza (y).

3) Non meno decisiva è la legge 13 *quid mod. pign.* (20. 6), *Triphon*. « Si deferente creditore iuraverit debitor, se dare non oportere, pignus liberatur, quia » perinde habetur, atque si iudicio absolutus esset; nam et si a iudice, quamvis » per iniuriam, absolutus est debitor, tamen pignus liberatur ». In questo passo adunque con parole, che non potrebbero essere più chiare, è sancita l'estinzione del diritto di pegno, quando pure il debitore fosse stato assoluto ingiustamente; laddove se vi rimanesse una obbligazione naturale non sarebbe la legge così recisa. Una tale legge non poteva certamente passare inosservata ai sostenitori della contraria opinione, e si sono sforzati a metterla in armonia con la loro teorica della *naturalis obligatio*. Così il *Savigny*, cerca dimostrare questo essere il significato delle ultime parole: il debitore ed i suoi successori potranno opporre l'*exceptio rei iudicatae* contro l'*actio hypothecaria*, poichè, per questa azione è mestieri che esistesse la obbligazione principale; ma il diritto di pegno stesso non si estingue, ed avrà piena efficacia, quando la cosa impegnata viene in mano di un terzo, che non può opporre l'*exceptio rei iudicatae* (z). Per questa interpretazione il *Savigny* si mette in contraddizione con la sua stessa teoria; e di vero, sciogliendosi il pegno, rimane, secondo lui, una obbligazione naturale, e l'*actio hypothecaria*: come poi, potrà opporre validamente la *exceptio rei iudicatae*? Che poi l'azione ipotecaria ed il diritto di pegno rimanga-

(y) L. 26. §. 2. de iureiur. (12. 2). — L. 13. *quid. mod. pign.* (20. 6). — L. 1. pr. *quar. rer. act.* (44. 5). *Ulp.* Iusiurandum viem rei iudicatae obliuet non immerito, quum ipse quis iudicem adversarium suum de causa sua fecerit, deferendo ei iusiurandum. — L. 39. 40. 42. de iurei. (12. 2). — L. 43. de cond. ind. (12. 6.).

(z) *Savigny*, 1, c. pag. 388. not.

no efficaci contro i terzi, si oppone alle parole troppo precise della legge: *pignus liberatur*, che non potrebbero significare se non una totale estinzione.

4) Ma l'opposta teoria, che ha trovato tanti sostenitori, non difetta di argomenti, ed il più forte fu trovato nella 60 *de conditione indebiti* (12. 6), nella quale così si esprime Paul. « *Iulianus verum debitorem post litem contestatam, manente adhuc iudicio, negabat solventem repetere posse, quia nec absolutus nec condemnatus repetere posset — licet enim absolutus sit, natura tamen debitor permanet — similemque esse ei dicit, qui ita promisit: sive navis ex Asia venerit, sive non venisset; poichè, se costui per errore paga prima che segua la condizione, non potrà più ripetere la somma pagata.* »

Un profondo esame di questa legge ci mostrerà ch' essa non può servire ai contrarii. Di fatti nel frammento citato Paolo riporta una opinione di Giuliano, cioè se un vero debitore è chiamato in giudizio legalmente dal suo creditore, e paga dopo la *litis contestatio*, può egli ripetere la somma data, perchè non era obbligato di pagare prima della sentenza definitiva? Decide non potere il debitore ripetere la somma pagata durante il giudizio; anche dopo non lo potrà più, qualunque sia l'esito della lite, fosse egli condannato o assoluto; trovasi nel medesimo caso di colui, il quale avendo promesso qualche cosa a condizione, se la nave venisse d'Asia, o se non venisse; poichè, se costui per errore paga prima che segua la condizione, non potrà più ripetere la somma pagata.

Da questa argomentazione di Giuliano si potrà solamente dedurre il principio, che un vero debitore il quale abbia pagato durante il giudizio, ossia prima della sentenza assolutoria, non potrà più ottenere la *condictio indebiti* per ripetere la somma pagata. Ma dire che sarebbe lo stesso, se il pagamento avvenisse dopo la sentenza, è cosa perfettamente opposta al pensiero e alle parole, che Paolo recita di Giuliano: *POST LITEM CONTESTATAM MANENTE ADHUC IUDICIO*.

Questo principio che colui il quale paga durante il giudizio non potrà ripetere la somma pagata con la *condictio indebiti* è vera in entrambe le teorie, e la ragione sta nel carattere delle cose è della sentenza medesima; imperciocchè una sentenza, la quale ha forza di legge, non può avere efficacia se non per l'avvenire, ma non pel passato. Per la qual cosa il vero debitore termina di essere tale non prima della sentenza assolutoria, ma dopo, e se egli pagava prima, pagava in qualità di vero debitore, e per conseguenza non potrà più ripetere il pagamento. Fin qui adunque il pensiero di Giuliano non dà nessuna importanza alla opinione contraria. Resta ancora la difficoltà principale nelle parole di Paolo « *licet enim absolutus, natura tamen debitor permanet*, ora tutto dipende dalla interpretazione della parola *natura*.

Di fatti questa frase di Paolo si può interpretare che il debitore rimane tale per una *naturalis obligatio*, ed in questo significato è presa dai sostenitori di quella teorica; ma questa interpretazione non è la sola, poichè si può sotto quelle parole intendere che il debitore, pagando prima della sentenza assolutoria, paga mentre era vero, naturale debitore ossia *secundum rerum naturam*; che sia questa ultima la vera interpretazione da darsi a quella frase, si rileva da ciò, che Paolo nel medesimo passo non ha creduto fondare una teoria diversa da quella di Giuliano, ma meglio determinarla, e da questo punto di vista la nostra interpretazione è pienamente giustificata. Egli è chiaro che la legge in questione non può offrire nessun appoggio alla teoria contraria, essendo i termini già diversi; noi possiamo con essi convenire nello spirito di questa legge in ciò, che il vero debitore, che paga durante il processo prima della condanna assolutoria, non può ripetere il pagamento con la *condictio*

indebiti, poichè pagava nel tempo in cui secondo la natura della cosa era vero debitore; ma non possiamo convenire che, se il debitore assoluto pagasse dopo pronunziata la sentenza assolutoria, non potrebbe ripetere il pagamento, giacchè questo principio si trova fuori dei termini della legge allegata per sostenere la loro opinione (aa).

5) Minore importanza ha poi la legge 8. §. 1. *rem ratam haberi* (46. 8.), poichè ivi non si tratta di un debitore *iniuria absolutus*, ma del caso, come riconosce ancora il Savigny, in cui l'attore perda l'azione per prescrizione della lite, nel qual caso si comprende da sè, che rimane una *naturalis obligatio*, (bb). Similmente inapplicabile è la legge 28 *de cond. ind.* (12. 6.). « *Iudex si male absolvit, et absolutus sua sponte solverit, repetere non poterit* » la quale presuppone che il debitore paghi non per errore, ma *sua sponte* ossia volontariamente. Non dunque l'obbligazione naturale, ma la spontaneità del pagamento gli toglie la *condictio indebiti*; anzi per mezzo di un argomento *a contrario* da questa legge si argomenta meglio la nostra opinione.

6) Finalmente dai contrarii si è posto innanzi un altro argomento. Nel giudizio si produce l'*actio*, la *civilis obligatio* solamente (cc), epperò solo questa può essere distrutta dalla *res iudicata*: onde l'*exceptio rei iudicatae* nella sua così detta funzione negativa, si oppone solamente all'azione; o con altre parole la forza della *res iudicata* non si estende che all'obbligazione civile, all'azione giudiziaria. Ma in confutazione facciamo osservare che insieme ad una funzione negativa l'*exceptio rei iudicatae* ne ha un'altra tutta positiva, la quale regge sopra la massima *res iudicata pro veritate habetur*; questa ha la virtù di far resistere il contenuto del giudicato contro qualunque pretensione di riesaminare la contesa. Perlocchè quante volte il debitore è assoluto per giudicato, perchè si sentenzia di non esservi debito, o essere estinto, l'*exceptio rei iudicatae* ha funzione attiva, perchè l'obbligazione già estinta non si richiama novellamente in giudizio.

7) Tutt'altro è quando la domanda dell'attore è rigettata per una *plus petitio*, ovvero in seguito d'eccezioni dilatorie, e di quelle eccezioni perpetue, che lasciano una obbligazione naturale, poichè allora appunto la sentenza assolutoria opera solamente contro l'azione. Se alcuno degli scrittori contrarii sostiene, che secondo il diritto romano ogni sentenza assolutoria opera contro l'azione solamente, egli contraddice a chiare testimonianze delle leggi, dalle quali emerge che il giudice romano pronunziava i motivi della sua assolutoria, e determinava per conseguenza la estensione della sua efficacia come se fosse una legge.

(2) Rispetto alla *exceptio rei iudicatae* è da notare una identità obbiettiva e una subbiettiva.

1) Circa alla prima, all'identità della questione di diritto, bisogna che si tengano due massime: 1) quando non v'è l'identità suddetta, manca assolutamente l'*exceptio rei iudicatae*, quando pure il nuovo giudizio abbia col primo una più o meno grande similitudine: 2) quando v'è l'identità, l'*exceptio* ha luogo assolutamente, quando pure siavi alcuna differenza tra il primo processo e l'altro. È luogo ad osservare la prima massima quando si producono azioni possessorie e petitorie in rap-

(aa) Donello, l. c.

(bb) Savigny, l. c. pag. 376. not. d.

(cc) L. 50. §. 2. *de pecul.* (15. 1.). — L. 8. §. 3. *de fideiuss.* (46. 1.).

porto al medesimo oggetto; quando si producono due azioni confessorie, delle quali l'una è diretta all' *iter*, all' *actus* l'altra; quando si tratta di una *vindicatio* ed una *condictio* in rapporto al medesimo oggetto (dd): nei quali casi l'*exceptio rei iudicatae* non ha nessuna efficacia, perchè non vi ha identità obbiettiva o di questione giuridica.

Per la seconda massima bisogna considerare:

a) Essere indifferente la diversità delle azioni, quando in fondo la questione è la stessa, così:

α) Quando alcuno cui sia stata rigettata l'*hereditatis petitio*, volesse rinnovare il giudizio con una *rei vindicatio* per rivendicare un oggetto della eredità, o con una azione personale contro un debitore della eredità, è sempre ammessa la nostra eccezione, ed è chiaro: poichè nel primo giudizio si è dimostrato che l'attore non era erede, onde fu la sua azione rigettata, nelle altre azioni si nella *vindicatio* come nell' *actio in personam* si verrebbe a negare alla prima sentenza la forza di *res iudicata* (ee).

β) Quando è stata rigettata una *rei vindicatio* (ff), e dopo contro l'attore di quella sua promessa un'*actio publiciana*, l'*exceptio dominii* è annullata dalla *reptitio rei iudicatae*.

γ) Similmente quando è rigettata l'eccezione di compensazione, perchè non si trovi fondato il diritto contrapposto, al convenuto, che volesse poscia esercitare quel diritto per azione, osta l'*exceptio rei iud.* (gg).

δ) Similmente valida è quest'eccezione nel caso, che essendo stata rigettata una *rei vindicatio* o una *petitio hereditatis* sopra una parte della eredità o di un oggetto, l'attore volesse dopo intentare per lo stesso fine l'*actio familiae erciscundae* o l'*actio communi dividundo* (hh).

•) Quando per un delitto nasca tanto la *rei persecutoria*, quanto l'*actio poenalis*, se una di queste azioni sia stata rigettata per l'inesistenza del delitto, il convenuto potrà con efficacia opporre l'*exceptio rei iudicatae*, qualora venisse tratto in giudizio con l'altra (ii).

b) Non è di ostacolo la diversità dell'oggetto, quando non è dubbia l'identità di questione, poichè se le leggi richiegono l'identità delle cose, è perchè le più volte questa mena con sè l'altra; quando questo non è, l'identità di questione sempre prevale. Così:

α) A chi pretenda una parte di cosa, dopo che fu rigettata la sua domanda di

(dd) L. 14. §. 3. 6. de except. rei iud. (44.2.). *Paul.* Si quis interdicto egerit de possessione, postea in rem, agens non repellitur per exceptionem, quoniam in interdicto possessio, in actione proprietatis vertitur.

(ee) L. 3. 7. §. 4. h. t. *Ulp.*... Et ideo, si hereditate petita singulas res petat, vel singulis rebus petitis hereditatem petat, exceptione summovebitur. §. 8. eod.

(ff) L. 24. h. t.

(gg) L. 7. §. de comp. (16.2.). *Ulp.* Si rationem compensationis iudex non habuerit, salva manet petitio; nec enim rei iudicatae exceptio obicit. Aliud dicam, si reprobativam compensationem quasi non existente debitor; tunc enim rei iudicatae mihi nocebit exceptio. — L. 8. §. 2. de neg. gest. (3.5.). — L. 1. §. 4. de contr. tut. (27.4.).

(hh) L. 8. 11. §. 3. h. t. *Julian.* Item parte fundi petita, familiae erciscundae, vel communi dividundo agit, aequae exceptione summovebitur. — L. 25. §. 8. fam. ercisc. (10.2.).

(ii) L. 13. §. 2. — L. 28. §. 6. 7. de iureiur. (12.2.).

rivendicazione del tutto, il convenuto può bene opporre l'eccezione del giudicato. N'è ragione, che venuto la prima volta in esame il diritto sulla cosa, fu ancora giudicato del diritto su quella parte, che la seconda volta vorrebbe rivendicare (kk).

¶) Quando poi non si è riuscito a rivendicare una schiava, e poi si tenta di rivendicare il figlio nato da lei dopo la contestazione della lite, l'azione incontra l'ostacolo legale della nostra eccezione; imperocchè non essendo stata riconosciuta la proprietà dell'attore sulla madre nel primo giudizio, gli è stata di conseguenza negata anche sul figlio. La contraddizione che su ciò sembra esistere tra il §. 1. ed il §. 3. della legge 7. h. t. cessa quante volte si pon mente che nel secondo passo per opposto del primo, è supposto l'attore vittorioso nel precedente giudizio.

γ) Tutt' altro ragionamento sarebbe a fare, quando per contrario si muova azione prima per la parte e dopo, rigettata questa, pel tutto; imperocchè la nuova azione non può essere ostata che per sola quella parte riguardata nella prima sentenza; per le altre non può essere impedita questa eccezione; poichè non è possibile intentare una *rei vindicatio* per le sole altre parti (ll).

δ) Quando l'oggetto del primo processo è stato un credito d'interessi, e dopo si chiedono interessi di altro tempo, ovvero si domanda il capitale, l'efficacia dell'*exceptio rei iudicatae* dipende dal misurare esattamente la questione prima trattata. Se per vero la domanda degl'interessi fu rigettata, perchè non fondata l'obbligazione principale, da cui nascerebbero gl'interessi, le azioni posteriori sopra enunciate sarebbero impedita dal giudicato, che tolse così ogni radice ad esse. Se al contrario fu questione solamente d'interessi e la domanda fu rigettata, ma per diverso motivo, forse perchè non eran convenuti interessi, l'eccezione della cosa giudicata non avrebbe efficacia: così non vi sarebbe giudicato da opporre nel caso, che nel giudizio anteriore fu questione di un termine d'interessi, e nel posteriore fosse di un altro termine (mm).

c) Allorchè si muti il fondamento giuridico dell'azione, debbesi distinguere le azioni personali dalle reali. Quelle al mutare del fondamento mutano di sostanza, onde non regge l'*exceptio rei iudicatae*. Al contrario il diritto reale, non ostante i diversi modi di acquisto, rimane sempre il medesimo; e per conseguenza un'azione reale non può essere ripetuta per altro motivo di sua esistenza, salvochè non si trattasse di acquisto posteriore al primo giudizio (nn).

(kk) L. 7. pr. L. 21. §. 1. 2. h. t. *Ulp.* L. 7. Si quis, quum totum petisset, partem petat, exceptio rei iudicatae nocet; nam pars in toto est: eadem enim res accipitur, et si pars petatur eius, quod totum petitum est; nec interest, utrum in corpore hoc quaeratur, an in quantitate, vel in iure.

(ll) L. 26. pr. de except. rei iud. (44. 2.).

(mm) L. 23. h. t. *Ulp.* Si in iudicio actum sit, usuraeque solae petitae sint, non est verendum, ut noceat rei iudicatae exceptio circa sortis petitionem; quia enim non competit, nec opposita nocet. Eadem erunt, et si quis ex bonae fidei iudicio velit usuras tantum persequi; nam nihilominus futuri temporis cedunt usurae, quandiu enim manet contractus bonae fidei, currenti usurae.

(nn) L. 14. §. 2. h. t. *Paul.* Actiones in personas ab actionibus in rem hoc differunt, quod quum eadem res ab eodem mihi debeatur, singulas obligationes singulae causae sequuntur, nec ulia earum alterius petitione vitiat; at quum in rem ago non expressa causa, ex qua rem meam esse dico, omnes causae una petitione apprehenduntur; neque enim amplius, quam semel res mea esse potest, saepius autem deberi potest. — ved. anc. L. 11. pr. §. 1. 4. 5. — L. 14. §. 1. — L. 21. §. 3. — L. 25. pr. — L. 30. h. t.

2) Circa all'altra specie d'identità, all'identità subbiettiva, bisogna stabilire per principio generale, che all'*exceptio rei iudicatae* allora ha luogo, quando il secondo giudizio è ventilato tra le medesime persone (oo).

Questo principio nell'applicazione va temperato così:

a) Per virtù del mandato giudiziale l'*exceptio rei iudicatae* può essere opposta a colui il quale con suo consenso si fece rappresentare da un altro, o dal suo tutore, così ancora è sufficiente una procura anche in persona del solo difensore (pp).

b) La *exceptio rei iudicatae* si trasmette attivamente non solo al successore universale, ma ancora al particolare, e perciò a quello per cui fu costituito un *ius in re aliena*, naturalmente sotto la condizione che la trasmissione del diritto sia avvenuta durante o dopo il processo (qq).

c) La indivisibilità delle servitù porta con sè, che la sentenza influente per uno dei condomini, genera un' *exceptio rei iudicatae pro o contra* l'altro (rr).

d) Quando contro qualcuno è stata ordinariamente prodotta un'azione popolare, questi avrà contro qualunque successiva azione di simil genere la *exceptio rei iudicatae* (ss).

e) Una sentenza pronunziata contro un testamento fornisce l'*exceptio* anche contro i legatarii, ancora quando l'attore fosse stato condannato in contumacia, ovvero abbia fatto concerto di frode contra lui e l'erede *ab intestato*; il che si estende ancora al caso che l'azione dell'erede testamentario sia stata negligenemente condotta, come p. e. quando l'erede testamentario non si sia appellato da una ingiusta sentenza. A questo proposito per accordare alcune differenti leggi bisogna attenersi all'interpretazione di *Cujacio* il quale nella L. 50. §. 1. *de legatis* crede che la parola non innanzi alle altre *nocebit legatariis* fosse intrusa per errore nel testo e che per conseguenza bisognerebbe cancellarla (vv).

(oo) L. 1. 3. ved. not. (c). 7. §. 4. — L. 22. h. l. — L. 11. §. 3. — L. 12. de inre iur. (12. 2.). — L. 63. de re iud. (42. 1.). — L. 2. ult. C. quib. res. ind. (7. 56.).

(pp) L. 11. §. 7. h. l. *Ulp.* Hoc in re ntimur, ut ex parte actoris in exceptione rei iudicatae haec personae continerentur, quae rem in iudicium deducunt; inter hos erunt procurator, cui mandatum est, tutor, curator furiosi vel pupilli, actor municipum: ex persona autem rei etiam defensor numerabitur, quia adversus defensorem qui agit, litem in iudicium deducit. — ved. L. 56. de ind. (5. 1.). — L. 27. 66. de procuratoribus (3. 3.). — L. 17. §. 2. de iure iurando (12. 2.). — L. 1. C. quib. res. ind. non noc. (7. 56.). — *Gai.* Inst. §. 97-99. — *Fragm. Vat.* 317. 331. 333.

(qq) L. 9. §. 2. — L. 11. §. 3. 9. 10. — L. 28. 29. §. 1. h. l. *Papin.* 28. *Exceptio rei iudicatae, nocebit ei, qui in dominium successit eius, qui iudicio expertus est.* — L. 3. §. 1. de pignor. (20. 1.).

(rr) L. 4. §. 3. 4. servit. vind. (8. 3.). *Ulp.* Sed etsi duorum fundus sit, qui servit, adversus unumquemque poterit ita agi; et ut Pomponius libro eodem scribit, quisquis defendit, solidum debet restituere, quia divisionem haec res non recipit. — confr. L. 1. §. 5. de arbor caed. (43. 27.).

(ss) L. 3. pr. de pop. act. (47. 23.). *Ulp.* Sed si ex eadem causa saepius agatur, quum idem factum sit, exceptio vulgaris rei iudicatae opponitur. — L. 45. §. 1. de proc. (3. 3.). L. 30. §. 3. de inre iur. (12. 2.). — L. 3. §. 13. de lib. hom. exib. (43. 29.).

(vv) L. 3. pr. de pign. (20. 1.). — L. 8. §. 16. L. 17. §. 1. de inoff. testam. (5. 2.). — L. 50. §. 1. de legatis. (30.). *Ulp.* Si hereditatis index contra heredem pronuntiaverit non agentem causam, vel lusorie agentem, nihil hoc nocebit legatariis. Quid ergo si per iniuriam fuerit pronuntiatum, non tamen provocavit? Iniuria ei facta non nocebit legatariis. — L. 1. de except. rei iud. (44. 2.). *Ulp.* Quum res inter alios iudicatae nullum aliis praedictum faciant, ex eo testamento, ubi libertas data est, vel legatum agi potest, licet ruptum, vel irritum, aut non iustum testamentum, nec si superatis fuerit legatarius, praedictum libertati fit.

f) Nella obbligazione correa, e conseguentemente nei rapporti dei *fideiussori* tra loro o verso il debitore principale era in vigore nel tempo classico della giurisprudenza romana la regola semplicissima, che, incominciato il processo, con uno dei possibili convenuti, gli altri erano immediatamente liberati, indipendentemente qual sarebbe potuto essere il risultato della lite, senza avere riguardo alla somma per cui uno di essi fosse tratto in giudizio. La liberazione degli altri in questa circostanza poteva essere garantita con la *exceptio rei in iudicium deductae*, ovvero con la *exceptio rei iudicatae*. Se la sentenza era assolutoria, allora la *exceptio* veniva nella sua, così detta, funzione positiva, ossia che poteva essere opposta contro qualunque pretesione contraria al contenuto materiale della sentenza, come se il convenuto fosse stato liberato per mezzo del giuramento: *item si reus iuravit fideiussor tutus sit, quia res iudicata secundum alterum eorum utrique proficiscere* (xx). Giustiniano statui che in questi rapporti la *litis contestatio* di uno dei fideiussori o debitori non libera gli altri, cosicchè si negava loro la mentovata eccezione. Questa nuova legge si deve comprendere solamente nel senso che non è concessa l'eccezione come prima indipendentemente dall'esito del processo o del contenuto materiale della sentenza: in altri termini nella sua funzione negativa come dicono, ma non in modo assoluto. Imperocchè se il correo è assoluto per motivi inerenti alla obbligazione, gli altri avranno diritto in un ulteriore processo ad opporre una *exceptio rei iudicatae* (yy).

(gg) Perfettamente simile al caso precedente era considerato l'altro nel diritto classico, quando cioè per una obbligazione tra due determinate persone un'azione era prodotta contro un terzo, il quale, per un qualunque principio, trovavasi obbligato, come è il caso delle così dette *actiones adiectitiae qualitatis*; avveniva una consumazione dell'obbligazione di guisa che l'azione intentata contro un possibile convenuto, liberava l'altro anche senza balare all'esito del processo. Fra le altre sono comprese le azioni intentate contro il padre, il padrone o il mandante per le obbligazioni contratte dal figlio di famiglia, dallo schiavo, e dal mandatario.

Il diritto antico anche qui provvedeva al rigore del principio con mezzi indiretti ed eccezionali, o ammettendo un'azione d'indennizzo, o concedendo la *in integrum restitutio*; ma egli è ben naturale che nella legislazione giustiniana la soluzione di questo caso sia riformata come il precedente; ossia deve cessare il principio della consumazione dell'obbligazione, prendendo criterio giuridico non dalla contestazione, ma dalla lite (zz).

(xx) L. 42. §. 3. iureiur. (12.1.). — Ved. anc. L. 2. de duob. reis. (43.2.). — L. 5. fin. de fideius. (46. 1.). — L. 31. §. 1. de novat. (46.2.). — Paul. rec. sent. II. 17. §. 16.

(yy) L. 28. C. de fideiuss. (8.41.). *Iust. Generaliter sancimus, quemadmodum in mandatoribus statutum est, ut contestatione contra unum ex his facta alter non liberetur, ita et in fideiussoribus observari. Invenimus etenim in fideiussorum cautionibus plerumque ex pacto huiusmodi causae esse prospectum, et ideo generali lege sancimus, nullo modo electione unius ex fideiussoribus vel ipsius rei alterum liberari, vel ipsum reum, fideiussoribus vel uno ex his electo, liberationem mereri nisi satisfactum sit creditori, sed manere in integrum, donec in solidum ei pecuniae persolvantur vel alio modo ei satisfiat. Idemque in duobus reis promittendi constituimus, ex unius rei electione praeiudicium creditori adversus alium fieri non concedentes, sed remanere et ipsi creditori actiones integras, et personales et hypothecarias, donec per omnia ei satisfiat* — Ved. Keller sulla *lit. contestatio* e la sentenza, Zurigo 1827. pag. 414.

(zz) L. 30. §. 4. — L. 32. pr. de pee. (15.1.). — L. 1. §. 24. de exere. act. (14.1.). — L. 4. §. 3. quod enim eo (14.5.). — Keller, o. c. pag. 413. 420. — Vangerow, o. c. §. 173.

SEZIONE V.

X DELLA IN INTEGRUM RESTITUTIO.

T. D. de in integrum restitutionibus (4. 1.). — Ved. an. T.2. — TT. C. (2. 20-35). *Variorum Ictorum tractatus de restitutione in integrum* IV. tom. Francof. 1569. — *Donelli*, Com. iur. civ. XXI. c. 4-14. — *Dompierre de Tonquierrez*, Specimen de restitutione in integrum, Lugd. Bat. 1767. — *Burchardi*, Della teoria della restituzione nello stato primiero, Gott. 1831. — *Savigny*, Sist. VII. §. 313. ss.

§. 97.

1. Concetto della restituzione.

L'umana libertà, costretta ad esercitarsi nell'ordine delle leggi, che sole le assicurano la necessaria garanzia, sarebbe alcuna volta impedita e sopraffatta nell'operosità sua, non potendo l'assolutezza di quell'ordine tutte antivedere le circostanze dei casi, e assecondare l'infinita gradazione dei fatti. Ond'è che di tratto in tratto si sente una lacuna che non puossi altrimenti colmare che correndo ai principii di equità ed a mezzi straordinarii.

Là dove quell'ordine più assolutamente procede, più apparenti si fanno le sue lacune: così è nel diritto romano dove massima è l'esattezza della deduzione metafisica: ma è pure nel diritto romano che ammiriamo la più provvida fecondità di espedienti per ovviare alle non eque applicazioni di un principio austero. Fin dai primi tempi fu questo l'assiduo ed intricato compito dei Pretori: far prevalere con pieno risultato, e pure senza irriverenza alla legge, la *naturalis ratio* al rigore del sistema giuridico, nei casi appunto che questo a quella contrastasse. E meravigliosamente soddisfecero all'esigenza, creando una serie di mezzi acconci ad inviluppare senz'offesa il diritto, e sorreggerlo nella pratica coi rinfranchi dell'equità. Uno di questi mezzi, il più notevole e caratteristico è la *restitutio in integrum*, che tende a ristabilire l'antico stato di cose cambiato da un austero dettato del diritto, e fa rivivere un diritto iniquamente perduto.

1) Il vero concetto della restituzione in intero dunque consiste in un compromesso tra l'assoluto diritto e l'equità, e presuppone una relazione giuridica stabilita, la quale è rievocata con quel mezzo. Per lo che non segue vera restituzione in intero:

a) quando i contraenti per mutuo consenso sciolgono una obbligazione contratta;

b) quando uno dei contraenti fa uso della legge commissoria o dell'*addictio in diem*;

c) quando si adopera un'*actio rei persecutoria ex delicto*, ovvero un interdetto restitutorio.

In tutti questi casi, segue una restituzione nello stato primiero, ma non una *in integrum restitutio* nel significato di sopra esposto.

2) L'istituto della restituzione non può essere che pretorio, e non può ammettersi una *in integrum restitutio civilis*.

3) La restituzione in intero deve venire immediatamente dal potere del magistrato; perciò l'ipotesi di questo mezzo si distingue non solo da quei casi, in cui la restituzione avviene *ipso iure*; ma ancora da quelli in cui avvi bisogno di un altro atto per raggiungere lo scopo della restituzione.

La *in integrum restitutio* adunque è un mezzo straordinario il quale, fondato sul dritto pretorio per l'immediato potere del magistrato, opera il ritorno nel diritto o nello stato primiero perduto, nello scopo di accordare il rigore de' principii con l'equità dell'applicazione.

§. 98.

1

II. Condizioni richieste per la restituzione

Affinchè fosse dato il mezzo straordinario della restituzione, le leggi richiedono due condizioni essenziali, cioè: una lesione, ed una *iusta causa restitutionis*.

1) Per lesione in questo luogo non intendiamo la violazione del diritto, giacchè per una lesione in questo significato è inutile un mezzo straordinario, quando la legge dà le azioni proprie ad ogni violazione di diritto; ma dobbiamo intendere per lesione, requisito essenziale per la restituzione, ogni cambiamento nello stato giuridico, il quale porta un importante pregiudizio per colui che domanda di essere restituito nello stato primiero. Dippiù un tale pregiudizio dev'essere avvenuto non per via di fatto, ma legalmente ossia per un modo riconosciuto dalle leggi, sia per azione, sia per conseguenza di omissione (a).

Va incluso nel concetto di lesione non solo la diminuzione del patrimonio, ma ancora, con qualche temperamento, il lucro cessante. E di vero quella perdita che s'intende comunemente sotto il nome di lucro cessante ha due forme nascenti dalle due specie di lucro: 1) lucro che reca diminuzione di patrimonio nell'altrui, come la pena pecuniaria, l'acquisto

(a) L. 16. pr. de minoribus. *Ulp.* In causae cognitione etiam hoc versabitur, num forte alia actio possit competere citra in integr. restitutionem. Nam si communi auxilio et mero iure munitus sit, non debet ei tribui extraordinarium auxilium.

per usucapione; 2) lucro che non altera l'altrui patrimonio. La lesione o la perdita di un lucro della prima specie non potrà essere mai considerata come valido motivo di restituzione; laddove nel secondo caso il lucro cessante è equiparato al danno positivo, così p. e. quando si è trascurato l'acquisto di una eredità o di un legato, questa perdita è di un lucro che non involve la diminuzione del patrimonio altrui, ed è però riconosciuto come motivo di restituzione (b).

2) L'altro requisito per la restituzione è il giusto motivo (*iusta causa restitutionis*), ossia uno stato speciale della persona, pel quale si dà facoltà di produrre un mezzo straordinario, come eccezione delle comuni regole di diritto. Sei motivi di restituzione sono generalmente riconosciuti, cioè: *per infirmitatem aetatis, absentiam necessariam, metum, dolum, status permutationem et iustum errorem* (c).

§. 99.

1) Dell' età.

1) I minori a causa della poca esperienza e della fragilità della volontà sono designati dalla legge come in uno stato irregolare, e perciò essa concede loro la restituzione in intero per tutti quei pregiudizii che si arrecano al loro patrimonio dalle conseguenze del diritto rigoroso; e ciò tanto per gli atti giuridici compiuti da loro medesimi, quanto per quelli compiuti dal loro procuratore curatore o anche per decreto del magistrato; tuttocìo quando la legge non può loro offrire un mezzo ordinario sufficiente a tutelare i proprii interessi (a).

2) La restituzione ha luogo contro tutti coloro i quali contrassero con i minori e contro i loro eredi; contro un terzo possessore il quale acquista di mala fede, e contro colui il quale acquistò di buona fede, ma

(b) L. 7. §. 6. de min. (4.4.) *Ulp.* Hodie certo iure utimur, ut et in lucro minoribus succurratur. — L. 17. §. 3. de usuris (22. 1.). — L. 18. 20 ex quid. causis. (4. 6.) — L. 17. pr. §. 1. L. 27. L. 41. ex quid. caus. (4. 6.) *Paul.* L. 27. Et sive quid amiserit, vel lucratus non sit, restitutio est, etiamsi non ex bonis quid amissum sit. — L. 1. 2. C. si ut omiss. (2.40.).

(c) L. 1. de in integr. restit. *Ulp.* Utilitas huius tituli non eget commendatione: ipse enim se ostendit. Nam sub hoc titulo plurifariam praetor hominibus vel lapsis, vel circumscriptis subvenit: sive metu, sive calliditate, sive aetate, sive absentia inciderunt in captionem (*Paul.* L. 2. cod.): sive per status mutationem, aut iustum errorem.

(a) L. 1 §. 3. §. 4. 11. L. 4. 3. 23. 24. §. 1. L. 29. 38. pr. §. 1. de min. (4. 4.). *Ulp.* L. 1. Hoc edictum Praetor naturalem aequitatem secutus proposuit, quo tutelam minorum suscepit; nam quum inter omnes constet, fragile esse, et infirmum huiusmodi aetatum consilium, et multis captionibus suppositum, multorum insidiis expositum, auxilium iis Praetor hoc edicto pollicitus est, et adversus captiones optinationem.

che non sia nel caso di risarcire il minore di tutto il danno, ovvero quando è interesse del minore di avere anzi la cosa che l'indennità (b).

3) Non è ammessa la restituzione nei seguenti casi:

a) Quando in un affare vantaggioso pel minore il danno è avvenuto per caso fortuito seguito dopo conchiuso l'affare, salvo che questo danno non sia stato prodotto dall' inesperienza del minore: imperocchè in questo caso sarebbe ammessa la restituzione (c).

b) Quando il minore usò la frode dicendosi maggiore (d).

c) Per un affare confermato dal giuramento (e).

d) Quando il minore giunto alla maggiore età ratifica il negozio conchiuso durante la pubertà (f).

e) Quando la domanda per la restituzione appare immorale (g).

f) Concedendosi al minore la *venia aetatis*, questi perde il beneficio della restituzione; lo perde ancora scorsi i quattro anni dal giorno della età maggiore (h).

g) Se il minore abbia egli rinunciato alla *querela inofficiosi testamenti* (i).

Per analogia dei minori la restituzione fu estesa anche ai Comuni, ed al Fisco (k).

(b) L. 6. 7. C. b. t. (2. 22.) — L. 9. pr. — L. 13. 14. 35. h. t. (4. 4.). Ulp. L. 13. in fin. Pomponius quoque libro vicesimo octavo scribit. Labeonem existimasse, si minor vigintiquinque annis fundum vendidit et tradidit, si venditor rursus eum alienavit, siquidem emtor sequens scit rem ita gestam, restitutionem adversus eum faciendam; si ignoravit, et prior emptor solvendo esset, non esse faciendam; sin vero non esset solvendo, nequius esse minori succurri etiam adversus ignorantem, quamvis bona fide emtor est.

(c) L. 11. C. de praediis (5. 71.). — L. 2. C. de fideiuss. min. (2. 24.). — 24 §. 4. L. 27. §. 1. b. t. (4. 4.). — L. 32 de admin. (26. 7.). — L. 2. C. si adv. cred. (2. 38.).

(d) L. 1. 3. C. si minor se maior dixerit. (2. 43). *Dioclet et Maxim.* Si is, qui minorem nunc se asseverat, faliaci maioris aetatis mendacio te deceperit, iuxta statuta iuris, quoniam errantibus non etiam fallentibus minoribus publica iura subveniant, in integrum restitui non debet.

(e) L. 1. C. si. adv. vendit. (2. 28.). *Alexand.* Si minor annis vigintiquinque emtori praedii cavisti, nullam de cetero te esse contraversiam facturum, idque etiam iuriurando corporaliter praestito servare, confirmasti, neque perfidiae, neque periurii me auctorem tibi futurum sperare debuisti.

(f) L. 3. §. 1. 2. — L. 20. §. 1. — L. 21. h. t. (4. 4.). — L. 3. §. 1. Ulp. Si quis cum minore contraxerit, et contractus inciderit in tempus, quo maior efficitur, utrum iurium spectamus, an finem? Et placet, ut est et constitutum, si quis maior factus comprobaverit, quod minor gesseret, restitutionem cessare. — T. C. si maior. fact. rat. hab. (2. 46.).

(g) L. 1. C. si adv. don. (2. 30.). — L. 11. C. de transact. (2. 4.). — Nov. 115. c. 3. §. 13. in fin. (h) L. 1. C. de bis qui veniam aet. (2. 45.). — L. 15. §. 2. b. t. (4. 4.).

(i) L. 1. de iu. iur. rest. min. (2. 22.).

(k) L. 4. C. quid. ex causis (2. 55). *Diocl. et Maxim.* Respublica minorum iure uti solet, ideoque auxilium restitutionis implorare potest. — L. 3. C. de iur. reip. (11. 20.). — L. 1. C. (1. 50.).

4) La restituzione in intero giova anche al fideiussore del minore ; ossia il fideiussore potrà valersi della restituzione già data al minore; eccetto nel caso in cui intercedeva per garantire il creditore dalla minore età del debitore, e che questi avesse ottenuto il beneficio della restituzione per motivo dell'età e non per altro, come p. e. per dolo del creditore (1).

§. 100.

2) Dell' assenza.

L' assenza è ancora giusto motivo di restituzione, quando per essa alcuno abbia patita diminuzione di patrimonio.

1) Secondo il contesto del diritto pretorio è concesso il beneficio della restituzione a colui che per motivi straordinarii di assenza perdè un suo diritto, ovvero quando per assenza dell'avversario fallì nella sua azione. Nel primo caso ossia per assenza *propria* era concessa la restituzione quando l'assenza fu necessaria; per l'assenza colpevole si concedeva il beneficio, quando non si poteva imputare all'assente di non aver lasciato procuratore (a); non ha luogo restituzione per un' assenza volontaria non biasimevole; e per l'assenza plausibile è ammesso il beneficio nel caso che non si possa incolpare all'assente di non aver lasciato procuratore (b).

2) Il motivo di restituzione può essere nella persona dell'avversario, contro del quale dovea esercitarsi il diritto, come nell'assenza del debitore o del possessore; in questo caso fa mestieri che l'assente non abbia lasciato procuratori contro cui l'avente diritto poteva far uso delle sue azioni (c).

ANNOTAZIONE

L'editto pretorio L. 1. §. 1. (4. 6.), può essere diviso in tre parti; la prima, che termina con le parole *dies exisse dicetur*, contiene i casi, nei quali un assente può farsi restituire; essi sono: Per un timore ragionevole ossia un timore riconosciuto dalle leggi come scusabile : Per servizio dello Stato, come per milizia quantunque

(1) L. 25. de fideiuss. (46. 1.). — L. 127. de V. O. (45. 1.). — L. 3. §. 4. L. 9. §. 3. L. 13. pr. de min. (4. 4.). *Ulp. In causae cognitione versabitur, utrum soli ei succurrendum sit, an etiam his, qui pro eo obligati sunt, ut puta fideiussoribus. Itaque si, quum scirem minorem, et ei fidem non haberem, tu fideiussoris pro eo, non est aequum, fideiussori in necem meam subveniri, sed potius ipsi deneganda erit mandati actio.*

(a) L. 26. §. 1. — L. 40. §. 1. — L. 14-15. h. t. (4. 6.).

(b) L. 14. 37. §. 1. cod. (4. 6.).

(c) L. 1. 21. §. 2. 3. L. 22. pr. L. 26. §. 3. h. t. (4. 6.).

il soldato avesse guarnigione nella sua patria (d) : Per schiavitù presso del nemico, ovvero per prigionia (e).

La seconda parte, che incomincia con le parole *item si quis*, riguarda il caso opposto, cioè quando contro l'assente si domanda il beneficio della restituzione; i casi sono — Quando si è acquistata una usucapione, o si è estinta un'azione personale, mentre il possessore ed il creditore erano assenti, o si trovavano in prigione, o non si poteva evocare in giudizio — Quando in un giudizio di appello il processo non è andato innanzi — Quando senza colpa dell'attore per lungheria della giustizia è andata perduta la nostra azione.

Accanto a questi casi determinati si aggiungono generalmente altri motivi di restituzione pel seguente principio, *item si qua alia mihi iusta causa esse videbitur, in integrum restituum*. Ciò è detto dai giuristi clausola generale, e sopra essa evvi oggi controversia; dappoichè alcuni vorrebbero che i casi contenuti nella così detta clausola generale non derivino, che dal medesimo principio di assenza; altri al contrario vorrebbero che, in modo generale, quando avvi un motivo di equità, il giudice dopo cognizione di causa può concedere il beneficio della restituzione.

Sarebbe grave errore essere esclusivi in siffatta questione; sembra che la verità sia nell'accordo di entrambe le questioni. Voler circoscrivere i casi della clausola generale ai soli conosciuti sotto il nome generico di assenza sarebbe far della terza categoria un'inutile ripetizione; giacchè il Pretore non direbbe altro nelle due prime categorie; estendere per contra ad ogni caso di equità il beneficio della restituzione, sarebbe troppo libero campo all'arbitrio del magistrato. Non resta che accettare entrambe le opinioni, temperando l'una e l'altra, e così solamente sarà facile trovare la ragione della triplice distinzione di casi nella medesima teoria dell'assenza. La interpretazione vera dunque dell'editto sarebbe la seguente: Il Pretore oltre ai casi determinati sotto il nome di assenza, potrà concedere anche il beneficio della restituzione per altri casi, i quali fondati sulla equità, abbiano alcuna affinità ed analogia con quelli determinati per l'assenza. In questo modo la clausola generale non sarebbe che una maggiore estensione delle prime due categorie di casi chiamati complessivamente assenza. Questo è il vero senso del commento fatto da Ulpiano all'editto.

La verità di tale interpretazione si fa più manifesta con la ricerca dei singoli casi, che possono esser compresi nella clausola generale; nel complesso di essi si vedrà, che, secondo questo principio, si accorderà la restituzione nello stato primiero tutte le volte, che un ostacolo legale, il quale abbia analogia con l'assenza, impedisce che un diritto fosse esercitato; o che una inazione necessaria producesse la perdita del diritto (f). Questa estensione della teoria dell'assenza come giusto moti-

(d) L. 7. 35. §. 4. — L. 43. (4. 6.).

(e) L. 15. §. eod.

(f) L. 26. §. 9. h. t. Ulp. *item, inquit Praetor, si qua alia mihi iusta causa videbitur, in integrum restituum* — Haec clausola Edicto inserta est necessario, multi enim casus evenire potuerunt, qui deferrent restitutionis auxilium, nec singulatim numerari potuerant, ut, quoties aequitas restitutionem suggerit, ad hanc clausulam erit descendendum; ut puta legatione quis pro civitate factus est, aequissimum est eum restitui, licet Reipublicae causa non absit: et saepissime constitutum est, adiuvari eam debere sive habuit procuratorem, sive non. Idem puto etsi testimonii causa sit evocatus ex qualibet provincia vel in Urbem, vel ad Principem, nam et hic saepissime est rescriptum subveniri. Sed et his, qui cognitionis gratia vel appellationis

vo di restituzione può riguardare tanto la prima quanto la seconda categoria dei casi contenuti nell'editto; val dire, che l'ostacolo per produrre l'azione può avvenire e nella persona di colui che chiede la restituzione, ovvero in quella contro cui il beneficio si domanda. E di vero si può estendere il concetto della restituzione per assenza secondo il primo caso ad altri che sarebbero compresi nella clausola generale. Essi sono:

a) La restituzione alla moglie del soldato (g) — b) ai *legati civitatum* (h) — c) ai *procuratores Caesaris* e al *patronus fisci* (i) — d) all'assente per causa di studio (k) — e) a colui che sotto garanzia si è obbligato di non lasciare un determinato luogo (l) — f) all'esiliato (m) — ai *nascituri*; il qual caso può essere compreso anche nella teoria de' minori (n) — g) a colui che per alluvione o per siccità è impedito di far uso di un suo diritto di servitù (o) — h) all'erode, il quale per essersi indugiata l'apertura del testamento ha sofferto un danno secondo il senato-consulto Silanianum (p).

Quando l'ostacolo sta nella persona di colui contro il quale si chiede la restituzione, la estensione dei casi di assenza può comprendere i seguenti casi i quali con l'assenza hanno una più o meno prossima similitudine: come la restituzione contro un demente, contro un minore, o contro una comunità, che non han procuratori (q).

§ 101.

3) Della violenza, della frode, e dell'errore.

T. D. Quod metus causa (14. 2.). — D. C. de his, quae vi metusve causa (2. 20.). — T. D. de dolo malo (4. 3.). — C. h. t. (2. 21.).

I. La violenza e la frode in tutti i casi, nei quali sono presi in considerazione dal diritto, dan luogo ad un'*actio quod metus causa*, e un'*actio doli*, e secondo le circostanze una *exceptio* che porta il medesimo nome. È per ciò che parecchi giuristi, o non ammettono restituzione per questi motivi; o la confondono con le mentovate azioni ed eccezioni. Il

peregrinati sunt, similiter subventum. Et generaliter quotiescumque quis ex necessitate, non ex voluntate abfuit, dici oportet, ei subveniendum.

(g) T. C. de uxoris. milit. (2. 52.).

(h) L. 8. 26. §. 9. — L. 35. §. 1. h. t. (4. 6.). — L. 1. C. h. t. (2. 54.).

(i) L. 33. §. 2. h. t.

(k) L. 28. pr. h. t.

(l) L. 28. §. 1. eod.

(m) L. 26. §. 1. — L. 40. §. 1. h. t.

(n) L. 45. pr. de minor. (4. 4.).

(o) L. 34. §. 1. — L. 35. de servit. praed. rust. (8. 3.). — L. 14. pr. quand. servit. (8. 6.).

(p) L. 3. §. 31. ad. SC. Silanianum (29. 5.).

(q) L. 22. §. 2. h. t. Paul. Quod edictum etiam ad furiosos, et infantes, et civitates pertinere, Labeo ait. — L. 124. de R. I. (30. 17.).

motivo legale della violenza e della frode nella maggior parte dei casi può veramente prescindere dal mezzo straordinario della restituzione, reso perfettamente inutile dalle azioni, e dalle eccezioni di dolo e *quod metus causa*; ma è vano sconoscere dall'altra parte che vi sono casi nei quali le azioni ed eccezioni citate non sono per nulla sufficienti; ed allora è concesso il beneficio della restituzione. Nei testi è determinato un caso nel quale i mezzi ordinarii possono essere insufficienti, ed espressamente vi è concesso il beneficio della restituzione: e specialmente, quando altri per timore è costretto ad accettare o a rinunciare una eredità, potrà domandare la restituzione in caso che cotesta accettazione o rinuncia fosse a lui di pregiudizio (a). In questa circostanza, ognuno il vede, i mezzi ordinarii possono essere insufficienti a causa delle indeterminate giuridiche relazioni, le quali possono essere congiunte alla eredità.

Si concede questo mezzo straordinario naturalmente quando il motivo è riconosciuto di tale valore da dare luogo ad un beneficio, così come a suo luogo fu detto (§. 43.).

II. Anche l'errore è espressamente rammentato per un caso nell'editto qual motivo di restituzione (b); ed oltre a ciò in moltissimi casi, dove la equità assolutamente lo comanda, il giusto errore appare sempre come motivo di restituzione, specialmente per indugio avvenuto, per errore negli atti processuali (c), e se è fondata l'*actio doli*, la prima è preferita (d).

ANNOTAZIONE

Si spiega facilmente come alcuni giuristi tengono che la restituzione specialmente per i motivi di violenza e di frode si contiene nei mezzi sussidiarii delle azioni ed eccezioni *quod metus causa* e *doli*, quando si considerano questi mezzi di tutela nel posto che occupano nel sistema del diritto romano e nel loro fonda-

(a) L. 21. §. 5. 6. *quod met. caus.* (4.2). *Paul.* Si metu coactus adli hereditatem, puto me heredem effici, quia, quamvis, si liberum esset, noluissem, tamen coactus volui; sed per Praetorem restituendus sum, ut abstinendi nihil potestas tribuatur. §. 6. Si coactus hereditatem repudiam, duplici via Praetor mihi succurrit, aut utiles actiones quasi heredi dando, aut actionem metu causa praestando, ut quam viam ego elegerim, haec mihi petat.

(b). T. D. Quod falso tut. actore gestum esse dicatur (27. 6.).

(c) L. 11. §. 8-10 de int. in iure (11.1). *Ulp.* Qui iusto errore ductus negaverit se heredem, venia dignus est. — L. 7. in fin. de confessis (42.2). — L. 11. pr. de exe. rei ind. (44.2). — L. 1. §. 5. de edendo (2.13). — L. 8. §. 2, qui sat. cog. (2.8). — §. 33, de acl. (4.6).

(d) L. 7. §. 1. de in int. rest. (4.1). *Marc.* Nec intra has solum species consistet huius generis auxilium; etenim deceptis sine culpa suo, maxime si fraus ab adversario intervenerit, succurri oportebit, quum etiam de dolo malo actio competere soleat. Et boni Praetoris est potius restituere item, ut et ratio, et aequitas postulabit, quam actionem famosam constituere, ad quam tunc domum descendendum est, quum remedio locus esse non potest. — L. 1. §. 6. — L. 7. pr. — L. 38. (4.3). — L. 33. de re iud. (42.1).

mento storico. Egli è fuori d'ogni dubbio esser stato un antico e continuo principio di diritto che nei giudizi di buona fede il giudice poteva investigare, se in una relazione giuridica vi fossero questi due motivi, e senza che la clausola *quod metus causa* o *doli* fosse già nella formola dichiarata. Questo stato non era meno di vantaggio all'attore che al reo; al primo perchè con la medesima azione del contratto poteva domandare l'indennità al reo convenuto, all'altro perchè fino alla decisione poteva opporre un' *exceptio doli (generalis)* (e). Nelle azioni di stretto diritto al contrario, tanto l'attore quanto il reo convenuto potevano valersi di questi mezzi solamente, quando ciò era determinato espressamente nel negozio giuridico in questione, val dire per stipulazione (f).

Questo principio fu la base degli editti pretorii posteriori e tra gli altri è d'uopo rammentare l'editto Cassiano, il quale, per chi ben l'intende, non introdusse l'*actio quod metus causa*, ma bensì estese l'*exceptio doli* anche nei giudizi di stretto diritto, non certamente nel medesimo modo come nei *bonae fidei iudiciis*; ma con questa differenza, che nei giudizi di stretto diritto non si richiese più una stipulazione, affinché le parti potessero valersene, ma che il Pretore investigava se ne fosse il caso, quindi la iscriva nella formola; laddove prima di questo editto eravi duopo della stipulazione tra le parti (g). L'*actio quod metus causa* molto più fu introdotta per mezzo dell'editto Ottaviano del quale un frammento leggesi nella legge 1. *quod metus causa*, ed una formola di azione secondo l'editto medesimo nella legge 14 § 11. eod. A questi due editti possiamo aggiungere un altro, ed è l'editto Aquilio rammentato anche da Cicerone nella sua *natura Deorum*, il quale introdusse un'*actio doli*, sicchè da questo editto in poi si ha un *actio* ed *exceptio doli*; dove ch'è innanzi all'editto medesimo non si aveva che l'*exceptio doli* dell'editto Cassiano (h).

Da tuttociò si scorge che, se vi fosse una relazione giuridica nella quale si trovasse uno di questi motivi, il diritto stabiliva o l'uno o l'altro di questi mezzi per tutelare gl'interessi di colui il quale era stato danneggiato per violenza e per mezzo della frode: in entrambi i casi non si nomina altro che *actio* od *exceptio* e non la restituzione. Nessuna meraviglia dunque che molti opinano che la restituzione in altro non consista che nell'uso di queste azioni od eccezioni.

Al contrario se ciò fosse non distingueremmo più i caratteri della restituzione; invece è da ritenersi che s'introdusse la teoria della restituzione nello spirito del-

(e) L. 7. pr. §. 3.—L. 9. pr. de dol. (4.3.). *Ulp.* Si quis affirmavit minimam esse hereditatem, et ita eam ab herede emit, non est de dolo actio, quoniam ex vendito sufficiat.—L. 4. pr.—L. 6. §. 9.—L. 13. §. 4. §. 5.—L. 30. §. 1. de act. emt. (19.1.). — L. 43. §. 2.—L. 68. §. 1. 2. de contr. emt. (18. 1.).

(f) L. 1. §. 4.—L. 7. §. 3. de dol. (4.3.). — L. 31. de recept. (4. 8.).—L. 22. 38. §. 13.—L. 53. 119. 121. pr. §. 3. de V. O. (43.1.).

(g) L. 4. §. 33. de dol. mal. et met. exc. (44.4.). *Ulp.* Metus causa exceptionem Cassius non proposuerat contentus doli exceptione, quae est generalis. Sed utilis visum est, etiam de metu opponere exceptionem; etenim distat aliquid doli exceptione, quod exceptio doli personam complectitur eius, qui dolo fecit; enimvero metus causa exceptio in rem scripta est: si in ea re nihil metus causa factum est, ut non inspicimus, an is, qui agit, metus causa fecit aliquid, sed an omnino metus causa factum est in hac re a quocumque, non tantum ab eo, qui agit. Et quamvis de dolo auctoris exceptio non obiciatur, veruntamen hoc iure utimur, ut de metu non tantum ab auctore, verum a quocumque adhibito exceptio obici possit.—Burchardi, o.c. pag. 300.

(h) Rudorff, Giornale storico XII p. 160.—Cicer. de nat. Deor. III. 30.

l'editto Ottaviano, e fu sostenuta dai rescritti imperiali per un processo più spedito e per quei casi, pei quali non erano sufficienti i mezzi testè citati.

Chechè ne sia sulla origine della restituzione per questi motivi, non è da mettersi in dubbio che per il motivo del *metus* sia fondato nel diritto il beneficio della restituzione oltre all'*actio* o all'*exceptio quod metus causa*. Imperocchè la legge di Ulpiano L. 9. h. t. per commento all'editto Ottaviano lo dice espressamente. Non sarà inutile di esaminare particolarmente questa legge sovente frantesa. Nel §. 3. il giurista romano stabilisce che il negozio giuridico fatto sotto la pressione della violenza può essere imperfetto, e perfetto; dopo di ciò egli allega una opinione di Pomponio il quale ammette che in un negozio imperfetto puossi dare l'*exceptio quod metus causa*, e nel negozio perfetto l'eccezione e l'azione.

Questa opinione è creduta erronea da Ulpiano, il quale per entrambi i casi dà l'azione e la eccezione, ed il suo argomento è un rescritto imperiale di Alessandro Severo, secondo cui anche per un negozio imperfetto si concede la restituzione *in integrum*. Quindi così prosegue: « ex qua constitutione colligitur, ut sive perfecta » sive imperfecta res sit, et actio et exceptio detur. Volenti autem datur et in rem » actio, et in personam rescissa acceptilatione vel alia liberatione ». Queste ultime parole non possono riferirsi ad altro che alla *restitutio in integrum*, differente nella sua essenza dall'azione; e la differenza sostanzialmente consiste in ciò, che il magistrato dopo cognizione di causa con decreto rescinde l'atto giuridico e restituisce il diritto perduto; di guisa che è ammessa novellamente l'antica azione, la quale secondo le circostanze può essere o *in rem* o *in personam*, ed è diretta per quell'oggetto per cui era prima (i).

§. 102.

Altri requisiti per la restituzione in intero.

I. La restituzione in intero dev'essere domandata da colui al quale spetta il beneficio legale, ossia da colui che ha sofferto la lesione di diritto per uno di quei motivi già discorsi.

Oltre a lui può concedersi la restituzione ad altre persone che per una qualunque relazione giuridica abbiano da lui dipendenza legale. Fra queste persone a cui si concede per dipendenza sono:

a) Il successore universale; in quanto che il diritto alla restituzione può farsi valere dopo la morte dell'interessato da' suoi eredi, ovvero da coloro i quali stanno con la sua eredità in uno strettissimo rapporto, come il successore per un fidecommesso della eredità; può farsi valere dopo la servitù dell'interessato dal padrone, entrando come crede dello schiavo (a).

(i) Vangerow, o. c. §. 185.—Savigny, Sist. VII. §. 330.

(a) L. 6. de in int. rest. (4.1.). — L. 18. §. 5. de min. (4.4.). Ulp. Non solum autem minoribus, verum successoribus quoque minorum datur in integrum restitutio, et si sint ipsi maiores.

b) Colui che ne abbia avuta cessione (b).

2) Il beneficio della restituzione si può far valere contro molte persone secondo la differenza delle giuridiche relazioni, e particolarmente:

a) Se si tratta di un contratto, le conseguenze del quale arrecano un pregiudizio importante alla persona, che trovasi nelle condizioni legali di farsi restituire, allora, comechè è questione di toglier forza alle conseguenze del medesimo, l'altro contraente è la parte contraria in un giudizio di restituzione, come se fosse un'azione personale.

b) All'incontro se si trattasse di domandare la restituzione contro un'usucapione compiutasi per assenza del possessore, allora il possessore è obbligato alla restituzione, stantechè contro lui sarà prodotta l'azione di proprietà rinata per mezzo della restituzione.

c) Finalmente se si domanda la restituzione contro un'accettazione o una rinuncia di eredità, allora le persone obbligate alla restituzione sono quelle con le quali può avere relazione giuridica in qualità di erede.

3) Alcune persone sono eccettuate in quanto che contro di esse non si potrà mai domandare una restituzione; queste sono:

a) I figli non possono domandare il beneficio della restituzione contro i genitori e viceversa (c).

b) Non si può domandare la restituzione per alienazioni fiscali (d).

c) È esclusa contro la prescrizione di trenta e più anni (e).

d) È esclusa ancora dalla celebrazione del matrimonio.

e) Nè è ammessa quando ciò che si domanda per mezzo della restituzione è molto meno del danno che si produce all'altro con la restituzione (f).

f) Finalmente è esclusa la restituzione per delitto commesso dall'interessato (g).

(b) L. 24. pr. de min. (4.4.). *Paul.* Quod si minor sua sponte negotiis maioris intervenerit, restituendus erit, ne maiori damnum accidat. Quod si hoc facere recusaverit, tunc si conventus fuerit negotiorum gestor, adversus hanc actionem non restituitur; sed compellendus est sic ei cedere auxilium in integrum restitutionis, ut procuratorem eum in rem suam faciat, ut possit per hunc modum damnum sibi propter minorem contingens resarcire. — L. 23. de adm. tut. (26..7). — L. 20. §. 1. de tut. act. (27.3.).

(e) L. 2. C. quis et adv. quos (2.42.). — confr. L. 3. §. 6. de min. (4.4.). — L. 2. C. si adv. rem iud. (2.27.). — L. 8. §. 1. C. de bon. quae lib. (6.61.). — Nov. 153. c. 1.

(d) L. 2. in fin. 3. C. si adv. fisc. (2.37.). — L. 5. C. de fid. hastae (10.3.). *Valent. Valent.* et *Gratian.*.... Et si quidem unquam ut a fisco facta venditio possit infringi, auctoritate rescripti fuerit impetratum, nullus obtemperet, quum etiam minoribus, si quando aliquid ex rebus eorum pro fiscalibus debitis adjudicatur emtoribus, repetitionis facultas in omnem incipiat aetatem.

(e) L. 3. C. de praescript. 30 ann. (7.39.). — confr. L. 5. C. in quib. caus. (2.41.).

(f) L. 4. de in integr. (4.4.). — L. 24. §. 2. de min. (4.4.).

(g) L. 9. §. 2. 3. de minor. (4.4.). *Ulp.* Si in commissum incidisse vertigalis dicatur, erit in integrum restitutio. Quod sic erit accipiendum, si non dolus ipsorum interveniat; ceterum cessabit restitutio.

II. Il beneficio della restituzione dev'essere domandato dall'interessato durante un tempo stabilito dalle leggi, ossia dev'essere domandato nel termine di quattro anni, invece della distinzione antica, oltre dei quali si prescrive. In rapporto al principio di una tale prescrizione è d'uopo ricordarsi i motivi speciali di restituzione e propriamente:

a) Nella restituzione per la minore età la prescrizione incomincia dal primo giorno del 26° anno, e relativamente dalla dichiarazione legale di maggiore età (h).

b) Nelle restituzioni per assenza ed ostacoli affini il tempo della prescrizione incomincia a decorrere dal giorno, in cui è sparito l'ostacolo legale che ne formava la causa, ossia dalla presenza (i).

c) Per la restituzione a causa di violenza, frode e del giusto errore dal giorno della lesione (k).

Il quadriennio è stabilito non solo, perchè in questo periodo debba essere domandato il beneficio, ma bensì terminato il processo.

Se colui al quale direttamente compete la restituzione muore o il tempo continua per i suoi eredi, in questa guisa: se essi sono maggiori il tempo ricomincia dall'entrare della eredità, se minori dal primo giorno della loro età legale (l).

III. Il processo di restituzione ha lo scopo di produrre una decisione sulla giustizia della domanda di restituzione, e di abolire il pregiudizievole cambiamento del diritto, restituendo le parti nello stato anteriore alla violazione. Appena decisa la restituzione si può incominciare novellamente a fondare una questione di diritto, ossia un altro giudizio, e così in forza di questo beneficio puossi avere un doppio giudizio un *iudicium rescissorium* ed un *iudicium restitutorium* (m). Qualche volta è inutile

(h) L. 5. pr. L. 7. C. de temp. in int. rest. (2.53.). — L. 7. C. h. t. *Supervacnam differentiam utilis anni in integrum restitutionis a nostra republica separantes, sancimus, et in antiqua Roma, et in hac alma urbe, et in Italia, et in aliis provinciis quadriennium continuum tantummodo numerari ex die, ex quo annus utilis currebat, et id tempus totius loci esse commune; ex differentia enim locorum aliquod induci descremen, satis nobis absurdum visum est. Quod non solum in minorum restitutionibus, quibus utilis annus incipit currere, ex quo viginti sexti anni dies illuxerit, sed etiam in maiorum hoc idem adhibere saucimus, ut et hic pro utili anno memorata continuatio temporis observatur ad interponendam contestationem finendamque litem. §. 1. Et quemadmodum omnis minor aetas excipitur in minorum restitutionibus; ita et in maiorum tempus, in quo reipublicae causa abfuerint, vel aliis legitimis causis, quae veteribus legibus enumeratae sunt, fuerint occupati omne excipitur, et non absimilis sit in hac parte minorum et maiorum restitutio.*

(i) L. 7. §. 1 C. eod. (ved. not. prec.). — L. 1. §. 1. — L. 28. §. 3. ex quib. caus. mal. (4.6).

(k) L. 8. pr. C. de dolo malo (2.21.).

(l) L. 19. de min. (4.4.). — L. 5. §. 1-3. Cod. de temp. in int. rest. (2.53.).

(m) L. 13. §. 1. — L. 24. §. 5. (4.4.). — L. 3. de in int. rest. (4.1.). *Modest. Omnes in integrum restitutiones causa cognita a Praetore promittuntur; scilicet ut iustitiam earum causarum examinet, an verae sint, quarum nomine singulis subvenit.* — L. 9. §. 4. quod met. caus.

fare un secondo giudizio; imperciocchè col primo si può ottenere come per conseguenza quello che si sarebbe potuto ottenere con l'altro (n).

Ogni magistrato competente può accordare la restituzione. Durante il processo nulla può essere mutato nello stato del diritto (o).

ANNOTAZIONE

La legge di Giustiniano che determina il tempo, durante il quale la domanda della restituzione dev'essere presentata al magistrato e terminato il processo, altera il diritto antico dal legislatore stesso rammentato. Essendo la restituzione nello stato primiero del diritto un mezzo pretorio, si estingueva egualmente come ogni mezzo pretorio dopo un anno utile, eccetto la restituzione per diminuzione *capitis* dichiarata perpetua (p). Per mezzo di Costantino fu portata una modificazione, ed invece dell'anno utile fu stabilito un quinquennio, un quadriennio, o un triennio continuo, secondochè il minore vivesse in Roma, in Italia, o nelle provincie. Giustiniano eguagliò tutti, determinando il tempo ad un quadriennio continuo da incominciare in caso di minore età dal primo giorno della maggiore età, ed in caso di assenza dalla presenza dell'individuo contro del quale si voleva far valere la restituzione. Ora è piaciuto a qualche giurista a dispetto di questa chiara determinazione della legge, di cercarvi dentro quest'altra teorica: ossia che il mentovato quadriennio incominci al momento che il danneggiato ebbe conoscenza della lesione; di guisa che in questo proposito si ammette il così detto *tempus utile ratione initii et continuum ratione cursus* (q).

Sarebbe fuori proposito in questo luogo ripetere quel che dicemmo sul valore delle quattro combinazioni del tempo continuo ed utile (§ 71); da quanto abbiamo dimostrato, anche ammettendo che il tempo incominci dalla conoscenza, il quadriennio sarebbe utile; difatti la scusa dell'ignoranza, ch'essi dicono ammessa, potrebbe avvenire tanto al principio quanto nel corso del tempo. Ora come sarebbe poi compatibile questa teoria con le regole generali sul tempo utile, e soprattutto con la legge di Giustiniano che ci dice espressamente continuo il termine della restituzione? Pur lasciando da banda tale questione vediamo se ci può essere qualche

(4.2.) *Ulp.* Volenti autem datur et in rem actio, et in personam, rescissa acceptilatione, vel alia liberatione. — L. 28. §. 3. 6. (4.6.). — L. 7. §. 3 quod falso tut. (27.6.). — L. 46. §. 3. de procur. (3.3.). — L. nn C. si adv. dot. (2.34.). — Nov. 119. c. 6.

(n) L. 13. §. 1. de min. (4.4.). — L. 9. §. 4. de inieur. (12.2.). L. 2. pr. ex quib. caus. (4. 6.). — L. 24. §. 4. — L. 39. pr. de min. (4. 4.). 4). *Scaerola.* Intra utile tempus restitutionis apud praesides petierunt in integrum restitutionem minores et de aetate sua probaverunt. Dicta pro aetate sententia, adversarii, ut impedirent cognitionem praesidis, ad imperatorem appellaverunt; praeses in eventum appellationis caetera cognitionis dislulit. Quaesitum est: si finita appellationis apud imperatorem cognitio et iusta appellatione pronnziata, egressi aetatem deprehendatur, an caetera negotia implere possunt, quom per eos non steterit, quo minus res finem accipiat? Respondi: secundum ea, quae proponerentur, perinde cognosci, atque si nunc intra aetatem essent. — L. 39. pr. de eviction. (21. 2.).

(o) T. C. In integr. rest. postui. ne quid novi fiat. (2.50.).

(p) L. 2. §. 3. de cap. min. (4.5).

(q) *Wening*, §. 554. — *Glück*, comm. V. pag. 14.

ragione da parte degli avversarii. Essi fanno massimamente questo ragionamento. Nell'antico diritto quando il termine era di un anno utile, incominciava dal momento che il danneggiato avea contezza della lesione (r); ma poichè Giustiniano ordina che il quadriennio continuo debba incominciare dallo stesso giorno, in cui cominciava l'anno utile, risulta che la conoscenza della lesione dovrebbe essere in questa teoria il solo punto di partenza. Questo ragionamento è erroneo.

Nell'anno utile il tempo incominciava ancora dall'età legale e non a *momento scientiae*, ed in certi rapporti dalla conseguita restituzione, il che vuol dire che si partiva dal tempo, in cui il subbietto poteva nulla conoscere della lesione, salvochè i giorni dell'ignoranza non eran contati perchè mancava la *potestas experiundi*. Chechè ne sia di ciò ogni dubbio dovrebbe sparire sulla costituzione di Giustiniano, quando la si mette in rapporto con la costituzione di Costantino (s). Secondo quest'ultima costituzione il minore leso nel suo diritto poteva chiedere la restituzione *usque ad anni tricesimi extremum diem*, se egli viveva in Roma; e se era domiciliato in Italia *usque ad finem anni vicesimi et noni*, e finalmente se viveva nelle provincie, *usque ad completum annum vicesimum et octavum*. È chiaro che dalla costituzione di Costantino non risulta, che debba aspettarsi la conoscenza per avere il principio di siffatta prescrizione; ora è chiaro che la costituzione di Giustiniano è sostituita a quella di Costantino come se avesse preso il termine medio di questo ultimo; onde bisogna accettarla nel senso della costituzione costantiniana (t).

Quanto agli altri motivi cioè per la violenza, la frode e per l'errore la questione si rinnova, e con proporzioni alquanto più estese, inquantochè trovasi per la contraria opinione qualcuno di coloro che decidevano nel senso nostro la questione sugli altri due motivi di restituzione. *Savigny* in particolar modo prende punto di partenza da questa idea, che nell'antico diritto l'anno utile per la restituzione *propter dolum et propter errorem* incominciava a decorrere dal momento in cui spariva l'ostacolo che ne formava la cagione, ossia finchè durava l'inganno e l'errore, non si poteva far parola di prescrizione, e questo fondamento lo guida a stabilire che la prescrizione della restituzione, il quadriennio non incominci che rimosso l'inganno e l'errore, ossia dalla conoscenza.

Questo è estraneo al diritto romano; in questa circostanza, nella medesima guisa che nella prescrizione dell'azione, il punto di partenza dev'essere la lesione del diritto, ossia il momento in cui la restituzione *iure competere coepit*. Non faccia caso che prima nell'anno utile la prescrizione della restituzione incominciassse dalla conoscenza; poichè avveniva questo, appunto perchè il periodo di tempo era utile; ma dal momento che quel tempo utile si cambia in un altro continuo, non si può accettare la teoria del *Savigny* senza una misura sufficientemente grande di arbitrio. Tuttociò non può essere meglio determinato nella legge 8. *C. de dolo malo* (2. 21.); in questa costituzione di Costantino è sancito un cambiamento nel tempo continuo dell'*actio doli* in vece dell'antico tempo utile, e come conseguenza è ritenuto che la prescrizione incomincia dall'avvenuta dolosa lesione, e non come prima dalla contezza della lesione « non ex eo die, quo se quisque admisit dolum didicisse commemoraverit... sed potius ex eo die, quo asseritur commissus dolum ».

(r) L. 6. de calump. (3.6.). *Gai.*—Annus autem in personam quidem eius, qui dedit pecuniam, ne secum ageretur, ex eo tempore creditur quo dedit, si modo potestas ei fieret experiundi.

(s) L. 2. C. Th. de integr. rest.

(t) *Burchardi*, c. c. pag. 317. — *Puchta*, comp. §. 103. not. e.

Dall'altra parte, stante alla sua opinione, si dovrebbe accettare in questa circostanza un *tempus utile ratione initii et continuum ratione cursus*, ossia una teoria da lui stesso combattuta. Ora se è vero che, quando la legge determina un tempo utile, debbe accettarsi utile per entrambe le ragioni, e quando *continuum*, continuo ancora assolutamente, come poi succederebbe tutto diversamente in questo caso?

§. 103.

IV. Conseguenze della restituzione.

1) La restituzione in intero ha per effetto immediato il ritorno delle parti nello stato primiero, e però, secondo i casi, la restituzione delle cose, o delle azioni o del tempo perduto; e proprio in questa guisa: se un minore ha preso danaro a mutuo, e da questo negozio civile ha ricevuto un danno, sia perchè ha dissipato il patrimonio, sia perchè il danaro per una circostanza fortuita è andato perduto, egli chiede la restituzione nello stato primiero, ed è liberato dal pagamento; se poi il minore la stessa somma presa a mutuo abbia data in prestito ad un debitore insolvente, la restituzione ha per effetto che, cedute le azioni, il mutuante va contro il debitore del minore (a).

2) Per una vendita in pregiudizio del minore la restituzione è diretta alla restituzione dell'oggetto con tutti i suoi frutti, e dall'altra parte il compratore dovrebbe restituire il prezzo con gl'interessi, i quali sono computati secondo i frutti raccolti, e secondo le migliorie fatte dal compratore alla cosa fruttifera. Come della vendita così parlasi della compra (b).

3) Se si trattasse d'una *acceptilatio* la restituzione fa che all'improvviso creditore è data novellamente l'azione, che per mezzo di quell'atto si era estinta, e non solo contro il debitore, ma ancora contro i suoi correi e fideiussori (c).

Se per mezzo d'una novazione il minore ha cambiato un buon debitore per un cattivo, gli si restituisce l'azione contro il primo debitore (d).

(a) L. 24. §. 4. de minor. (4. 4.).—L. 27. §. 1. eod. *Gai.* Si pecuniam, quam mutuum minor accepit, dissipavit, denegare debet Proconsul creditori adversus eum actionem. Quod si aegenti minor crediderit, ulterius procedendum non est, quam ut iubeatur iuvenis actionibus suis, quas habet adversus eum, cui ipse credisset, cedere creditori suo. Praedium quoque si ex ea pecunia pluris, quam oporteret, emit, ita temperanda res erit, ut iubeatur venditor reddito pretio recuperare praedium; ita ut sine alterius damno etiam creditor a iuvene suum consequatur.

(b) L. 27. §. 1. eod. vcd. not. prec.

(c) L. 27. §. 2. de minor. (4. 4.).—*Gai.* Si minor annis viginti quinque sine causa debitor acceptum tulerit, non solum in ipsam, sed et in fideiussores et in pignora actio restitui debet, et si ex duobus reis alterum acceptum tulerit, in utrumque restituenda est actio.

(d) L. 27. §. 3. eod. *Gai.* Ex hoc intelligimus, si damnosam sibi novationem fecerit, forte si ab idoneo debitore ad inopem novandi causa transtulerit obligationem, oportere cum la priorem debitorem restitui.

4) Se per mezzo di un' *expromissio* il minore si ha accollato il debito di un altro, con la restituzione vien liberato, ed il creditore ritorna con l'azione contro l'antico debitore (e).

5) La restituzione per un' usucapione ha per effetto la restituzione della cosa con ogni pertinenza (f).

6) Se si è rinunciato ad una eredità vantaggiosa, o s'è perduta per non avere eseguite le condizioni, la restituzione in intero non concede al restituito la qualità di erede, ma gli dà solamente le azioni che nascono dalla eredità come azioni utili, il che significa che vien finta una successione. Per conseguenza bisogna che sieno accettate tutte le disposizioni prese nel frattempo dagli eredi, e per la medesima ragione rivivono tutte le limitazioni e i pesi che erano a lui accollati in qualità di erede (g). L'opposto avviene nel caso che si è accettata una eredità molto aggravata. Colui che l'ha accettata è sempre considerato qual vero erede, e solamente per finzione è ritenuto come non vero erede. Per la qual cosa bisogna che restituisca a colui al quale cade la eredità, tutte le cose ereditarie ricevute, e non ricevute per mala fede o per qualunque circostanza, e quelle ancora che sono andate perdute. Se egli avesse pagato in qualità di erede legati o debiti non può esservi luogo a risarcimento; ma per contrario non è obbligato ad indennizzare degli schiavi addivenuti liberi (h).

APPENDICE VI. *Epilogo*

Puchta, Vol. 1.^o Storia della Procedura — *Ortolan*, Spiegazione storia del D. R. — (Delle azioni).

Nel diritto romano a tre si riducono i sistemi di procedura, che si succedono l'uno all'altro, e sono: quello delle azioni della legge (*legis actiones*); quello della procedura formolare (*per formulam*) detta anche *ordinaria iudicia*; e da ultimo quello della procedura straordinaria (*extraordinaria iudicia*). Ora nella storia della procedura sono principali queste due trattazioni: 1.^o Ordinamento e giurisdizione de' poteri chiamati all'esercizio dell'autorità giudiziaria; 2.^o Forma di procedere, ossia maniera ondè si possono far valere i diritti.

I. *Costituzione giudiziaria* — L'amministrazione della giustizia in Roma non era ufficio unico d'un magistrato, ma congiungevasi all'esercizio di altre funzioni: onde, sia perchè non era possibile che lo stesso magistrato incaricato di molte funzioni decidesse le questioni, sia perchè era buono impedire l'arbitrio d'un solo po-

(e) L. 50. eod. — L. 19. de nov. (4. 2.). — L. 1. §. 1. C. repet. (2. 48.). *Anton.* Sed et si intercessor minor vigintiquinque annis intervenerit, in veterem debitorem debet restitui actio.

(f) L. 28. §. 6. — L. 29. ex quib. caus. (4. 6.).

(g) L. 7. §. 1. — L. 22. de minor. (4. 4.). — L. 41. ex quib. caus. (4. 6.).

(h) L. 7. §. 5. — L. 22. 31. 33. de minorib. (4. 4.) — ved. not. prec. — L. 1. §. 5. C. de repet. (2. 48.). — *Savigny*, Sist. §. 342.

tere, bisognava che le parti del giudicare si dividessero, e la questione di diritto fosse affidata ad un'autorità, ad un'altra l'indagine e la decisione del fatto. Il senno pratico de' Romani avvertì subito tale necessità; epperò vediamo in Roma due autorità giudiziarie il *magistratus* ed il *iudex*, e tutto il processo giudiziario diviso in due momenti, il primo *in iure* avanti al magistrato, che dava fondamento a tutto il processo e forma giuridica alle pretensioni delle parti; il secondo *in iudicio*, davanti al giudice, dove si decideva la contesa già dianzi definita. Tale distinzione tra il *magistratus* ed il *iudex* e tra il *ius* e il *iudicium* è appunto ciò che chiamasi *ordo iudiciorum privatorum*; il quale risale ai primordii del diritto romano; e nel primo periodo fino alle 12 Tavole appare più o meno rilevato, ma spiccatissimo nel secondo e terzo fino a Diocleziano, quando propriamente cessò come regola l'*ordo iudiciorum privatorum* per dar luogo al ricongiungimento delle funzioni del *magistratus* e del *iudex*, cioè alla *straordinaria cognitio*, ch'era stata fino allora un'eccezione. Ciò posto, vediamo come e da chi esercitavasi l'ufficio del magistrato e del giudice, e quali le parole usate nel giudizio, per vedere in seguito come questo iniziavasi e come recavasi a compimento.

Magistratus. Ne' primi tempi tre erano in Roma i magistrati con giurisdizione, primamente il Re, poi i Consoli (an. 245), e i Censori forse sino alla legge Emilia (an. 321), i Pretori, e gli Edili Curuli nelle faccende municipali. Nel terzo periodo continuarono i Pretori la loro giurisdizione, ma vi si aggiunse il Principe e gli altri magistrati, a cui esso delegava la sua giurisdizione. Nelle provincie poi eranvi i reggitori di esse, oltre i questori provinciali e i procuratori; e nelle città italiche i Decemviri o i Prefetti, al di sopra de' quali nel terzo periodo furono posti i *Consulares* e i *Giuridici*.

Tutta l'attività di un magistrato, che avea la giurisdizione civile, fu detta *officium ius dicentis*, che conteneva la *iurisdictio* e l'*imperium*. La prima si comprendeva nelle tre parole *do, dico, addico* (*Do*, dare un'azione, un possesso di beni; *dico*, dire il diritto, emettere un editto, un interdetto; *addico*, attribuire per la dizione del diritto una proprietà, un giudice alle parti). L'*imperium* era il potere di comandare e costringere, il diritto insomma di disporre della pubblica forza per mettere i proprii ordini ad esecuzione.

I giureconsulti distinguevano l'*imperium* in *merum et mixtum*. *Merum est imperium, habere gladii potestatem ad animadvertendum in facinorosos homines, quod etiam potestas appellatur*, cioè quel potere che non riferivasi all'*officium ius dicentis*, ma alla giustizia criminale. *Mixtum* era l'imperio che si connetteva allo scopo dell'amministrazione civile della giustizia; *mixtum est imperium cui etiam iurisdictio inest* (a). Vi erano altresì alcuni poteri non compresi nella *iurisdictio*, ma che esercitavansi tuttavia *iure magistratus*, e da' giureconsulti si diceva: *magis sunt, quam iurisdictionis*. Questi poteri, che costituiscono la capacità per la *extraordinaria cognitio*, non erano comuni a tutti i magistrati con giurisdizione; gli Edili e i magistrati municipali non li aveano che per speciale delegazione. Oltre a questi vi erano alcuni ufficii, che *neque iurisdictionis neque imperii sunt*, e che per legge speciale erano commessi a' magistrati.

Iudices. L'attività del giudice cominciava là, dove cessava quella del magistrato.

(a) L. 3. de iurisdic. (2. 1.). — L. 1. de offic. eius cui mand. (1. 21.).

A lui si apparteneva la *cognitio* e la *sententia*; cioè a dire indagava se realmente la cosa stesse così come il magistrato gl'avea definita e determinata, e dava il suo giudizio decisivo sulla quistione.

A chi fosse commesso l'ufficio di giudice nell'antichissimo diritto di Roma non si può con certezza affermare; pare ormai una opinione abbastanza fondata che l'amministrazione della giustizia fosse dal Re delegata ai suoi luogotenenti, e che nei primi tempi i sacerdoti fossero i soli giudici. Così i Decemviri che decidevano le cause per delitti contro lo Stato, i *Quaestores parricidii*, i *tres viri nocturni o capitales*, che sorvegliavano nella notte erano senza dubbio sacerdoti. A tutto questo si aggiunga che era competenza esclusiva del collegio de' Pontefici la decisione delle cause, il cui oggetto apparteneva al *ius sacrum*; epperchè esso era giudice di tutte le relazioni giuridiche delle famiglie e delle istituzioni riguardanti la proprietà quiritaria, che in questi tempi erano annoverate fra le *res, quae ad sacras et religiosas pertinent*. Di qui la proposizione tanto ripetuta che i Pontefici erano i custodi del diritto (b).

Quando il diritto privato si emancipò dal *ius sacrum*, il collegio de' Pontefici cessò di avere sola ed assoluta giurisdizione, a motivo della formazione di un tribunale di Decemviri *litibus iudicandis*, e più tardi di un altro più numeroso detto dei Centumviri. Vano e fuori di proposito sarebbe entrare nelle indagini sulle origini di questo tribunale. Pomponio lo dice istituito prima di Augusto (c); lo *Zumpt* al tempo delle 12 Tavole, e finalmente il *Niebuhr* lo vuole fondato da Servio Tullio. Secondo ogni probabilità però il tribunale de' Centumviri ebbe la sua origine o da Servio propriamente o in tempi non molto posteriori. Ciò s'arguisce dalle quistioni giuridiche che erano il suo oggetto principale. Senza dubbio sin da' tempi primitivi di Roma, e quando il diritto cominciò ad emanciparsi dalla morale religiosa, noi troviamo due specie di questioni, le une di natura privata, e le altre di natura direttamente pubblica. Tra queste primeggiano lo stato del cittadino (*caput civis*) e la proprietà fondiaria o quiritaria; questioni tutte che decidevansi da' Pontefici col ricorso però davanti a' comizii curiati. Tale giurisdizione non era comune a' plebei; e però allorchè Servio Tullio, attuò la sua gran riforma, fu necessità creare un tribunale per tutti che decidesse le questioni del *caput* e della proprietà gravata da' pubblici pesi.

Questo tribunale, che fu sostituito al collegio de' Pontefici, fu detto de' Decemviri (perchè composto di 10 uomini) ed avea per emblema l'*hasta* come simbolo degli obblighi verso lo Stato. Più tardi, ma forse non prima della cacciata de' Tarquinii, sorse un altro tribunale più numeroso, che dovea singolarmente decidere le questioni di proprietà fondiaria. Questo tribunale era eletto annualmente ne' comizii tributi, e componevasi di quattro consigli, ciascuno di 25 uomini. L'attore poteva incominciare il giudizio avanti ad un consiglio; perdendo la lite, poteva appellare al 2.^o consiglio (*duplex iudicium*), quindi al 3.^o (*triplex iudicium*), e da ultimo a tutte e quattro i consigli riuniti (*quadruplex iudicium*). Questo tribunale era assai popolare in Roma; onde si conservò lungo tempo, fino agli ultimi imperatori, non ostante che il sistema di procedura, su cui fondavasi, più non esistesse.

Ma non sempre i tribunali permanenti erano atti a risolvere tutte le questioni,

(b) Plutarco, Numa.

(c) L. 2. §. 29. de orig. iur. (1. 2.).

specialmente quando vi abbisognava maggiore libertà e latitudine di azione; quindi fin da' più antichi tempi occorrono in Roma de' cittadini privati, che erano incaricati della missione giudiziaria di una causa, e di questa soltanto. Essi dicevansi *iudices*, *arbitri*, *recuperatores*.

Tra *iudices* ed *arbitri* non è ben certa la differenza, e Cicerone stesso lamentavasi che a' tempi suoi non si sapesse ancora distinguere gli uni dagli altri. Tuttora possiamo porre questa differenza tra i *iudices* e gli *arbitri*; che i primi erano circoscritti negli angusti termini del diritto rigoroso e delle azioni della legge, tanto rispetto all' obbietto del giudizio, quanto rispetto al giudizio stesso; ma che i secondi avevano più libero campo a decidere rispetto alle suddette cose. Entrambi però giudicavano delle quistioni di possesso e di obbligazioni. I *recuperatores* poi erano dapprima giudici che decidevano le questioni tra Romani e peregrini; ma in seguito ebbero anche le questioni tra Romani e Romani, specialmente quando trattavasi di relazioni personali, o sentivasi il bisogno di un giudizio più arbitrario che non era quello dei *iudices* o degli *arbitri*. L'*officium iudicis* era dapprima affidato a più persone; in seguito quasi sempre ad un solo (*unus iudex*): gli *arbitri* per lo più erano tre; i *recuperatores* sempre più persone.

La nomina dei giudici privati dopo le 12 Tavole divenne assai frequente, e infine la legge *Aebutia* l'ordinò esclusivamente per la novella procedura, di guisa che i Tribunali decemvirali e centumvirali rimasero attivi nei soli casi in cui l'antica procedura della *legis actio* era espressamente ordinata o volontariamente scelta dalle parti.

Tutti questi giudici dovean esser designati o almeno accettati dalle parti, ed in caso di discordanza fra loro, determinati dalla sorte. Ma la scelta non poteva cadere indistintamente su tutti i cittadini. Nei primi tempi e in seguito ancora fino a Caio Gracco i giudici doveano essere presi nella lista di 300 Senatori (*ordo senatorium*); Caio Gracco (632) ammise a questo ufficio anche i Cavalieri. In seguito fu introdotta l'istituzione de' *iudices selecti* pe' giudizi criminali, i quali poi da Cesare ed Augusto furono estesi ai giudizi delle cose private; e così invece dell' *ordo senatorium* e de' Cavalieri si ebbe l'*album iudiciorum selectorum* formato da tutte le classi della società.

II. *Procedura giudiziaria.* — Per cominciare il processo era necessaria la presenza delle parti avanti il magistrato ne' giorni, nell' ora, e nel luogo che la legge indicava. L'attore intimava al convenuto di seguirlo in giudizio colle parole: *Ego in ius te voco, ambula mecum in ius*. Quest'atto era chiamato generalmente *ius vocatio*. Se il convenuto era restio, l'attore chiamava gli astanti in testimonio colle parole: *licet contestari*; ed avea quindi la *manus injectio* su lui. Questi non poteva allora rifiutare di seguirlo, salvo se non presentasse un *vindex*, che, prendendo sopra di sé il processo e seguendo l'attore, liberasse lui dalla *manus iniectio*. In luogo di questa l'editto pretorio dette un'azione per una somma di denaro contro il convenuto renitente, e al *vindex* surrogò la *cautio iudicio sisti*, cioè la promessa di presentarsi in un dato giorno assicurata da un mallevadore che dovea essere *locuples pro rei qualitate*. Il Pretore dava anche le azioni contro i terzi che impedivano la *in ius vocatio*, o la *cautio iudicio sisti*. Convenute le parti dinanzi al magistrato, non sempre gli atti della procedura in *iure* si terminavano in un sol giorno; quindi esse doveano darsi vicendevolmente malleva di convenire un'altra volta in giudizio, esibendo ciascuna i suoi *vadei*; donde il nome di *vadimonio* a

questo atto. La pena a chi mancava alla promessa era una somma eguale o a tutto il valore dell'oggetto in litigio, o alla metà, ma non superava mai i 100,000 sesterzii. Ma al tempo del processo formulario si era alle volte dispensato dal *vadimonium*, e si suppliva col semplice giuramento; invece poi della multa v'era la pena per mezzo dei *recuperatores*. Nel terzo periodo oltre la *in ius* vocatio e il *vadimonium* fu introdotta (diceasi da Marco Aurelio) la *denuntiatio litis*, che consisteva in una notificazione scritta della questione giuridica fatta al convenuto e sottoscritta dallo attore. Nell'ultimo giorno determinato legalmente a contar dalla *denuntiatio* le parti doveano presentarsi in giudizio; salvo una *separatio ex iusta causa* cioè una proroga concessa dall'imperatore.

1) *Legis actiones* — Quando le parti si faceano dal magistrato, l'ordo *iudiciorum privatorum* richiedeva, che dopo un'esposizione preliminare delle rispettive ragioni in modo libero e spedito, tanto il reclamo, quanto le difese fossero formulate in un atto solenne. Secondo il più antico diritto, anche anteriore alle 12 Tavole, ciò avveniva col pronunziarsi parole solenni e dalle parti e dal magistrato, alle quali si aggiungevano altri atti. Questa solennità era detta *actio*, e perchè nasceva dalla legge stessa, veniva chiamata *legis actio*. Gaio annovera quattro specie di *legis actiones*: *Legis actio per sacramentum*, *per iudicis arbitrive postulationem*, *per condictioem*, *per manus iniectionem* e a queste aggiunge la *pignoris capio*; delle quali le tre prime son veramente forme di procedura, le due ultime forme di esecuzione forzata.

a) *Actio sacramenti* — Questa è la più antica delle azioni della legge, la sola che in origine si avesse per far decidere una lite, e come primitiva e veramente quiritaria contiene nel più alto grado il carattere pontificale, e la vita materialmente simbolica di un'epoca barbara. Le altre azioni che vennero di poi non sono che una successiva detrazione del suo contenuto, ed attestano gli sforzi fatti dal popolo romano per francarsi dell'azione suddetta.

L'*actio sacramenti* viene così detta dal *sacramentum*, somma di denaro che depositavasi presso i Pontefici in un luogo *sacro* o per le *sacra*. Le parti provocavansi vicendevolmente al deposito di una egual somma, che dalla legge era fissata a 500 *asses*, quando il valore dell'obbietto in questione era di 1000 *asses* o maggiore; a 50 per le cose di minor prezzo o quando trattavasi della libertà di un uomo, sia qualunque il valore che questi come schiavo potesse avere. Il processo con ciò prendeva la forma di una lite sulla somma; e tutto il giudizio consisteva nel dichiarare se il *sacramentum* era *iustum* o *iniustum*. La parte, il cui *sacramentum* era giusto, ritirava la sua somma; l'altra, il cui *sacramentum* era ingiusto, dovea versarla nell'erario, e perdeva con ciò anche l'obbietto della lite.

Poscia (vuolsi per legge del tribuno Papirio) non fu più necessario il deposito attuale, ma il Pretore richiedeva de' malleadori (*praedes*) che rispondessero del pagamento in caso di perdita. Questo è in fondo la *legislatio per sacramentum* in mezzo a tutte le sue variazioni. In quanto poi alle parole, ai gesti, agli atti che l'accompagnavano, essi erano diversi secondo l'obbietto cui applicavasi l'azione; e altri erano, quando versavasi sulle cose reali, altri quando sulle obbligazioni.

L'azione *sacramenti* per le reclamazioni di proprietà e di tutti gli altri diritti reali era la seguente:

La pantomima, per così dire, usata in questo caso era un simulato combattimento, simbolo dei modi grossolani, ma pur veri di una remota età. Essa compo-

nevasi della *vindicatio* o in *iure manum conserere*, che dovea aver luogo alla presenza dell'oggetto.

Se trattavasi di cosa mobile, si portava in giudizio, ed una delle parti (o l'attore o il convenuto) dava di piglio all'oggetto, e tenendo una verga (*festuca* o *vindicta*) pronunziava le seguenti parole: *hunc ego hominem ex iure quiritium meum esse aio, secundum suam causam, sicut dixi ecce tibi vindictam imposui*, e deponeva la verga sulla cosa. L'altra parte profferiva le stesse parole, ed operava al modo stesso (*contravindicabat*). Qui interponevasi il magistrato, e colle parole: *mittite ambo hominem*, faceva cessare la *vis festucaria*, e dava alla questione un carattere ed un andamento giuridico. Era questa espressione simbolica dell'idea, che la forza dovea cedere, al diritto, e che il litigio, cominciato con la violenza materiale, dovea risolversi in questione giuridica. Dopo ciò seguiva il *sacramento contendere*. L'attore interrogava il convenuto: *postulo anne dicas, qua ex causa vindicaveris?* e quegli rispondeva: *ius peregi sicut vindictam imposui*. L'attore ripigliava: *quando tu iniuria vindicavisti D. aeris sacramento te provoco*; e di rimando il convenuto: *similiter ego te*; e da ambidue o facevasi il deposito della somma, o presentavansi il *praedes sacramenti*.

Se l'oggetto in litigio era immobile, la procedura cambiava alquanto. Dapprima il magistrato recavasi sul luogo stesso con gli avversarii, e quivi facevasi la *manum conserio* e la *vindicatio*. Se non che, non potendo gl'immobili prendersi con mano, tutto il rito consisteva nello scacciare che l'uno faceva l'altro, e nel condurlo quindi dinanzi al magistrato per pronunziare la *vindicatio*: tutto ciò era chiamato *deductio*. In progresso di tempo, tornato impossibile l'accesso del magistrato, si stabilì, dice Aulo Gellio, per tacito consenso che le parti si provocassero dinanzi al magistrato (*ex iure manum conserium vocare*) di recarsi di là sul luogo litigioso per eseguire il finto combattimento. Quindi le parti accompagnate ciascuna da' suoi testimoni (*utriusque superstibus praesentibus*) andavano colà, ed eseguito il combattimento ritornavano dal magistrato, portando seco un frammento che rappresentava l'oggetto della lite, come sarebbe una zolla del campo, una tegola dell'edifizio, un pezzo staccato dalla colonna; e su questo facevasi la *vindicatio*. Questa è la *deductio quae moribus fit*. Da ultimo la cosa si fece sempre più semplice, e le parti eseguivano questo rito prima di recarsi dal magistrato, infino a che l'andata al luogo litigioso e il ritorno non fu fatto che con le sole parole e con finta pantomima senza uscir dal Tribunale. In questo stato trovavasi la procedura al tempo di Cicerone.

Dopo la costituzione del sacramento si conferiva il giudice alle parti, che era o un giudice o un arbitro, ovvero si rinviavano a' Centumviri. Per la legge Pinaria il giudice non si dava immediatamente, ma dopo lo spazio di 30 giorni. Ma prima di darlo, il magistrato, secondo che gli pareva conveniente, e mediante garentia di restituzione, decideva a chi dovea restare il possesso provvisorio della cosa per tutto il tempo del giudizio.

Questo è quello che dicesi: *vindicias secundum alterum dicere*. Nelle reclamationi di libertà il possesso provvisorio per una formale disposizione delle 12 Tavole dovea essere dato sempre nel senso della libertà. Di tal fatta fu la famosa lite di Virginia. Dato il giudice, le parti si citano a vicenda a comparire fra tre giorni innanzi a lui; e si assicurano della comparsa, dandosi vicendevolmente i mallevadori (*vades*). Il giorno pel giudizio dicesi *comperendinus*; donde la procedura giunta a questo punto piglia il nome di *res comperendinata*.

Tutta questa procedura fatta innanzi al magistrato per ordinare l'istanza, come oggi direbbesi, era tutta verbale, nè vi avea alcuna istruzione scritta pel giudice; quindi era bisogno che le parti per assicurarne la pruova ricorressero alla testimonianza delle persone presenti. Il che esse faceano prendendo ciascuna solennemente delle persone a testimoni con queste parole: *testes estote*. Questo è quel che dicesi *contestare litem*; e quest'ultimo atto della procedura in iure porta il nome di *litis contestatio*.

L'azione per *sacramentum*, quando si reclamava per l'adempimento d'una obbligazione non avea nè *vindicta*, nè combattimento simulato, nè attribuzione di possesso provvisorio (*vindiciae*). Fin dal principio vi era un attore e un convenuto. Le parti dirigendosi ciascuna alla sua volta la parola, doveano secondo il costume delle azioni della legge interrogarsi sull'obbligazione che l'attore pretendeva ed il convenuto negava, di poi provocarsi scambievolmente al *sacramentum*, quando venivano le forme relative alla dazione del giudice. Ma non ci è nota la serie delle parole sacramentali pronunziate in tutta questa procedura. Il manoscritto di Gaio in questo punto è illeggibile, e le congetture fatte per ristabilirlo, componendo insieme alcuni frammenti di formole ed alcune indicazioni sparse non sono buone ad altro che a darci un'idea di ciò che tali formole presso a poco potevano essere. Forse le parole doveano variar di molto secondo la causa e l'oggetto dell'obbligazione: e qui appunto i pontefici aveano adattando il meglio ch'era possibile a' diversi casi le parole della legge (d). A ciò si riferisce l'aneddoto riportato da Gaio di colui che perdette la lite per aver detto *vites* in luogo di *arbores*, intentando un'azione per recisione di alberi.

Questo è dunque il contenuto dell'azione *sacramenti*, la quale applicata a' diritti reali durò lunga pezza, e sopravvisse a tutte le altre azioni della legge. Inoltre la sua prima formalità, che è la *vindicatio* si trova adoperata fittiziamente in tutte le varietà dell'*iure cessio*, e come tale tiene una parte importante pel trasferimento e per la costituzione dei diritti civili. Per contrario la sua applicazione a' casi di obbligazioni ben presto fu limitata e venne per gradi quasi totalmente a sparire, quando furono trovate le altre due azioni della legge.

b) *Actio per iudicis postulationem* — Nell'azione per *sacramentum*, come è facile vedere, il giudice era limitato nel suo ufficio; perchè tutto gli era dinanzi fisso e determinato, ed altro non dovea fare che decidere se il *sacramentum* era *iustum* od *iniustum*. La conseguenza era che l'attore rigorosamente otteneva o non otteneva per nulla l'oggetto reclamato; quindi la necessità per lui di determinare formalmente l'oggetto della lite, come il tal corpo individualmente indicato, la tal cosa o la tal quantità determinata (*res certa, pecunia certa*); determinazione che egli faceva con le parole sacramentali che proferiva l'una parte verso l'altra, prima della provocazione al sacramento. Da tutto questo emerge chiaro che l'azione per *sacramentum* non si adattava bene ad affari che richiedevano una certa valutazione; imperocchè se l'attore nel far la stima dell'oggetto della lite gli avesse dato un valore anche di poco differente dal vero, perdeva irremissibilmente la lite, nè avea facoltà di produrla di nuovo. Molto meno poi valea per gli affari da' quali derivavano obbligazioni scambievoli, perchè il *sacramentum* si restringeva alle domande di obbligazioni unilaterali; nè punto era adattata quando trattavasi di reclamare cose tenute

(d) Ortolan, V. 2. azioni della legge.

fraudolentemente nascoste o fatte perdere, stante appunto l'impossibilità di fare sopra di esse la *vindicatio*: onde fu introdotta un'altra più semplice procedura sotto il nome di azione *per iudicis postulationem*.

La pagina di Gaio, in cui parlavasi di essa, è perduta e non ne conosciamo le formole. È da credere tuttavia che le parti venute in *iure* pronunziassero l'una dopo l'altra termini sacramentali, l'attore per dispianare l'oggetto della sua domanda, ed il convenuto per rispondergli. Dopo di ciò venivasi alla richiesta del giudice, fatta dall'attore colle parole: T. A. V. P. U. D. (*iudicem arbitrumve postulo uti des*); al che il convenuto rispondeva: (*similiter ego iudicem arbitrumque postulo uti des*). Il giudice dato in quest'azione non avea a giudicare una questione così ristretta come nella precedente, nella quale s'esaminava se il sacramento era giusto ed ingiusto; ma avea a regolare convenevolmente la lite secondo la diversità de' casi; egli era insomma un arbitro nel vero significato della parola. Le questioni da regolare per mezzo della *iudicis postulationem* furono man mano specificate. Possiamo dire però con certezza che quest'azione si adoperava in tutte le obbligazioni, in cui il giudice dovea decidere *salva fide*, cioè in tutte le obbligazioni di buona fede che originano scambievoli doveri fra le parti, (*ex fide bona* come rilevasi da un passo di Cicerone negli officii (111-101)). *Præclarum a maioribus accipimus morem rogandi iudicis si ea rogaremus, quae salva fide facere possit*. Inoltre in tutte le obbligazioni di fare (*facere*) o di fornire (*praestare*), ed anche nelle obbligazioni di trasferire in proprietà (*dare*), quando si trattava di cosa incerta, o quando la cosa certa era stata rimossa per frode o distrutta. In questo modo adunque molti casi furono sottratti all'azione *sacramenti*, che continuò ad usarsi nelle questioni di proprietà quiritaria, di stato, di eredità, e di obbligazioni per cose determinate. Ma dopo qualche tempo, non per necessità giuridica veramente, ma per odio di questa procedura grossolana e gravosa, e già caduta in discredito, fu introdotta una nuova azione, che la venne a spogliare di un altro de' detti casi: e questa fu l'azione *per condictioem*.

c) *Actio per condictioem* — Siffatta azione altro non è che un annunzio, una denuncia fatta verbalmente a qualcuno. *Condicere est dicendo denuntiare. Condictio in diem certum eius rei quae agitur denuntiatio*, dice Festo. Per mezzo di essa insomma l'attore denunciava al convenuto di presentarsi fra trenta giorni per ricevere un giudice. *Et haec quidem actio proprie condictio vocabatur, nam actor adversario denuntiabat ut ad iudicem capiendum dies XXX adesset*. (Gai. Con. 4. §. 13). Non sappiamo altri particolari, perchè la pagina del manoscritto di Gaio, che parlava di questa azione, è perduta.

La legge Silia (forse nell'anno di R. 510) l'introdusse per le obbligazioni di trasferire in proprietà (*dare*) una somma determinata (*obligatio certae pecuniae*), cioè per quelle obbligazioni unilaterali, l'oggetto di cui è una somma *data, stipulata, aut expensilata*, come dice Cicerone (tom. III. p. 228). Alcuni anni dopo la legge Calpurnia (forse nell'anno di R. 520) la estese anco alle obbligazioni di qualunque cosa determinata (*de omni re certa*) Gai. Com. 4. §. 19, cioè di tutte quelle cose, dove *ex ipsa pronuntiatione apparet quid, quale, quantum sit*. Non si possono precisare le differenze in quanto alla forma tra le azioni per *iudicis postulationem* e quella per *condictioem*. È certo che nella prima il giudice era sempre un *arbiter*, nella seconda un giudice propriamente detto (*iudex*), e che in quest'ultima chi non si presentava al giorno stabilito per ricevere il giudice era dichiarato *confessus* o *iudicatus*, e soggiaceva a tutte le conseguenze della *manus iniectio*.

La procedura delle *legis actiones* era dunque dopo create queste due altre azioni così stabilita:

L'azione *sacramenti* per le reclamazioni di stato, di proprietà quiritaria e di successioni, e tutti i diritti reali, la cognizione de' quali era rinviata a Centumviri.

L'azione per *iudicis postulationem* per l'adempimento di tutte le obbligazioni eccetto quelle di *dare* e di cose certe; la cognizione per ordinario era rinviata ad un *arbiter*.

L'azione per *condictionem*, per le obbligazioni di dare quantità, o cose certe, la cui cognizione è sempre rinviata ad un *iudex*.

Questo è lo stato in cui la legge *Aebutia* trovò il sistema delle procedure per *legis actiones* (e).

d) *Actio per manus iniunctionem* — Decisa la lite colla sentenza del giudice, se la parte soccombente non voleva sottostarvi, faceva d' uopo di un procedimento per costringerla. Ne' diritti reali, siccome l' esecuzione concerneva direttamente l' oggetto della lite, il proprietario poteva, anche coadiuvato dalla forza pubblica, impossessarsi di ciò che per diritto gli apparteneva. Ma nelle obbligazioni non vi essendo cho creditore e debitore, quegli non avea azione che sulla persona di questo; quindi il procedimento detto *per manus iniunctionem*, che era un vero arresto personale. Esso era di tre sorte: *manus iniectio iudicati*, *manus iniectio pro iudicato*, e *manus iniectio pura*. La prima era data dalle 12 Tavole per ogni cosa giudicata e per la confessione di un debito in danaro (*aeris confessis, rebusque iure iudicatis*). Il debitore avea 30 giorni per soddisfare il suo debito; (*quoddam iustitiam iuris, quaedam interstitio* (e)). Spirato questo termine il creditore poteva menarlo dinanzi al magistrato, ed ivi, afferrandolo per qualche parte del corpo, pronunziava le parole della *legis actio*: *Quod tu mihi iudicatus sive damnatus es* (per esempio) *sextertium X milia, quae dolo malo non solvisti, ob eam rem ego tibi sextertium X milia iudicati manus iniicio*. Il debitore non poteva respingere questa violenza (*manu sibi depellere*), nè da questo momento poteva operare più da uomo libero, ma abbisognava di un vindice che fosse solvente, e prendesse le sue parti. In mancanza di ciò il magistrato attribuiva (*addicit*) il debitore all' attore, il quale menavalo nella prigione privata, che ciascun patrizio avea nella sua casa. Il debitore in tale stato non era schiavo di diritto, ma di fatto, e la legge prendeva ancora cura di lui come uomo libero. Egli durante 60 giorni per tre mercati consecutivi da nove in nove giorni era condotto dinanzi al magistrato nel *comitium*, proclamandosi ad alta voce la somma del suo debito; e se alcuno non presentavasi a soddisfare per lui, egli dopo i 60 giorni avea una vera diminuzione di capo, ed era venduto come schiavo di là del Tevere.

La *manus iniectio pro iudicato*, era quella data in alcuni casi determinati dalle leggi, senza che vi fosse stata una sentenza giudiziale o una confessione di debito; e come produceva gli stessi effetti della cosa giudicata, fu detta *pro iudicato*. Per conseguenza l' attore in luogo di dire nella formola: *Quod tu mihi damnatus sive iudicatus es*, enunciava la causa e aggiungeva: *ob eam rem ego tibi pro iudicato manum iniicio*. La *manus iniectio pura* non avea le conseguenze della cosa giudicata, *pura id est non pro iudicato* (f). In quest'azione della legge il debi-

(e) Aulo Gellio, Noct. Aet. XX 1.

(f) Gai. comm. 4, §. 24.

Diritto romano.

lore poteva respingere l'avversario e difendersi da sè nel giudizio, *manum sibi depellere et pro se lege agere licebat*; o il creditore nella fornola, dopo avere esposta la causa, dicea semplicemente: *ob eam rem ego tibi manum iniicio*. Gaio annovera tra le leggi che permettevano questa specie di arresto semplice la legge *Furia testamentaria*, in materia di legati, e la legge *Marcia* sull'usura. A quest'ultima specie di *manus iniectio* in seguito furono ridotti tutti i casi che cadevano nella *manus iniectio pro iudicato*, eccetto un solo, cioè pel rimborso di ciò che lo *sponsor* avea pagato a discarico del debitore, *excepto eo pro quo depensum est* (g).

e) Nel sistema delle *legis actiones* l'esecuzione facevasi sempre contra la persona e non mai sui beni. Una sola eccezione v'era per la *pignoris capio*, la quale non era già data a' creditori privati, ma usavasi in alcuni casi soltanto che si riferivano al servizio militare, a' sacrificii e al tesoro pubblico. Il creditore poteva prendere di per sè come in pegno una cosa del debitore, e questi non poteva liberarla che pagando. Questi casi erano stati introdotti alcuni per costume (*de quibusdam rebus moribus*) come quando il soldato è creditore dello stipendio, del cavallo o del prezzo di foraggi; ovvero per legge (*de quibusdam lege*) come il caso del creditore del prezzo di una vittima, o della locazione quando il prezzo era invertito a' sacrificii.

Questa *pignoris capio* non si può chiamare veramente azione, perchè era *extrajuris*, e facevasi anche in assenza del debitore, ed in giorno anche nefasto; e se i giuriconsulti l'hanno appellata azione della legge, è stato per le parole sacramentali che in essa si profferivano.

2) *Sistema delle fornole* — Il sistema delle azioni della legge, come si è visto, era una procedura supremamente quiritaria; i soli cittadini romani poteano usarne: simbolica e rigorosa era tanto, che il cambiamento d'una parola sola faceva perdere la lite. Inoltre in essa dominava il principio assoluto che niuno poteva agire per mezzo d'altre persone, o vogliam dire per rappresentanti: ma ciascuno doveva di persona e per suo proprio conto eseguire il rito e le parole consacrate, tranne alcuni casi tassativamente dalla legge determinati; ancora rigorosamente era stabilito che l'azione, qualora fosse rigettata per qualsisia motivo anche per vizio di forma, era estinta, nè poteva giammai riprodursi. Da ultimo il termine e la decisione della lite consisteva sempre nel recuperare l'oggetto della lite, o nell'ottenere l'adempimento degli obblighi o nell'eseguimento diretto dell'oggetto in lite secondo che trattavasi di diritti reali o di obbligazioni.

Questo, che già pareva duro al senso giuridico de' Romani, allora che la civiltà era ancora nel principio, e la vita era quella del municipio, tanto più gravoso tornar dovea quando collo svolgimento del commercio, colle conquiste nuove sorsero bisogni e relazioni tali, a cui mal poteasi sopperire colle angustie e le vuote formalità dell'antico diritto e dell'antica procedura.

Quindi gli sforzi de' Romani sempre più crescevano per demolire l'importuno sistema delle *actiones legis* e del *sacramentum* in principal guisa; i quali sforzi furono aiutati da diverse congiunture, e specialmente della creazione di una procedura più semplice e spedita pe' peregrini, quando vi fu necessità di eleggere il Pretore peregrino (*praetor peregrinus*) pochi anni prima della legge Silia e Calpurnia, che stabilì l'ultima delle *legis actiones*, cioè la *condictio*. Come dovea il Pretore peregrino regolarsi nel definire i rapporti de' peregrini fra loro e di questi co' citta-

(g) Gai. Inst. 4. 25.

dini romani? Qui non v'era questione nè di diritto nè di procedura civile, nè eravi giudice civile scelto dall'ordine dei senatori, perchè i peregrini non poteano a ciò in niun modo partecipare: tutto dunque il processo dovea formarsi dall'autorità (*imperium*) del magistrato. Ed ecco in qual modo seguì. Presentatesi le parti *iure*, il magistrato dopo avere intesa l'esposizione de' fatti del litigio, sceglieva i giudici, che non erano quelli delle cause civili, ma i *recuperatores*, nel numero di tre o quattro presi indistintamente tra i cittadini, o tra gli astanti nel giudizio. (*N. N. iudex esto. N. N. recuperatores sunt*). Quindi si lasciava alle parti pei recuperatori un'istruzione scritta, o una sentenza condizionale, come la chiama il *Savigny*, in cui indicavansi nel modo anzidetto i giudici della lite, e si dava ad essi a verificare i fatti esposti, e secondochè questi erano veri o falsi doveano condannare od assolvere (*si paret, si non paret*). Questa istruzione scritta dicevasi *formola conceptis verbis*. Ma poichè qui non si trattava di vedere se una cosa *iure civili* spettasse all'attore o no, ma vi era solo un fatto, il quale poi era dal magistrato elevato a diritto, era quindi bisogno anzi tutto, dopo l'indicazione del giudice, esporre il fatto della questione (*designatio rei de qua agitur*). Così ad esempio; *NN. NN. recuperatores sunt: Si paret Aulus Agrius (o A. A.). apud Numerium Negidium (o N. N.) mensam argenteam deposuisse, eamque dolo malo Numerii Negidii Aulo Agerio redditam non esse*. Il nome di Aulo Agerio (il ricco che reclama) davasi all'attore; quello di Numerio Negidio (colui che è obbligato a pagare e nega di farlo) davasi al convenuto. Questa era l'esposizione del fatto, che i giudici doveano verificare, e secondo cui il magistrato dava loro facoltà di condannare o assolvere. Questa facoltà potea essere determinata e fissata dallo stesso magistrato; o pure stava totalmente ad arbitrio del giudice; od era fino ad un dato punto (*maximum*) stabilito dal magistrato. Quindi la seconda parte della formola, che poteva essere di tre maniere pe' tre casi sopra detti: 1.^o *N. N. Ao. Ao. sextertium decem milia condemnato; si non paret absoluto*. 2.^o *quanti ea res erit, tantam pecuniam N. N. Ao. Ao. condemnato; si non paret absoluto*. 3.^o *N. N. A. A. duntaxat X milia condemnato; si non paret absoluto*. Questa formola composta di due parti dicevasi *in factum concepta*, ed era la sola che potea essere originariamente data a peregrini, che non avevano la capacità e l'esercizio del diritto civile. Quando poi si applicò a' cittadini le si vennero ad aggiungere, come vedremo, altre due parti.

Di tal fatta era la procedura, che i Romani nei primi anni del VI. secolo usavano nelle loro relazioni co' peregrini, procedura, come vedesi, più semplice e adattabile facilmente alle innovazioni e al progressivo svolgimento della civiltà. Poco tempo dopo nacque il bisogno di spogliare l'*actio sacramenti* dell'ultima specie di obbligazioni, costituendo l'altra azione *per conditionem*. Ma non era questo nemmeno sufficiente a' bisogni della civiltà; e i Romani cominciarono non per legge ma per forza di consuetudine a dimandare la formola anche nelle relazioni tra cittadini e cittadini. Ma questo era difficile e non regolare, imperocchè standovi il diritto civile, e la procedura conforme, ogni innovazione di tal fatta era illegale. La mente de' Romani era riguardo al diritto feconda d'infiniti ripieghi.

I Pretori cercarono di accomodare la novella procedura all'antica nel modo seguente.

Si è detto già come nell'azione *per sacramentum* il deposito non era più reale, ma consisteva in una solenne obbligazione, che i *mallevadori* faceano verso il Pretore per lo Stato: la quale dalle parole: *Spondesne? Spondeo*; fu detta *sponsio*.

Questa fu come ponte di passaggio dalla antica procedura alla nuova. Le parti si obbligavano non più verso il Pretore ma l'una verso l'altra ad una somma di danaro se i fatti del litigio erano veri o no; l'obbligazione dell'attore dicevasi *sponsio* (da *spondere*), quella del convenuto *restipulatio* (da *restipulari*). Era in somma una specie di scommessa, che serviva come base della formola, che il Pretore dava loro; e su questa scommessa dovette il giudice decidere; in modo che chi la vinceva o perdeva, vinceva o perdeva eziandio la lite.

La forma dunque della scommessa o stipulazione (che era iure civile) serviva di fondamento alla decisione del giudice; ma la materia era la condizione di questa stipulazione, cioè la verità o falsità dei fatti allegati. Questa *sponsio* alle volte era penale, alle volte solamente pregiudiziale. Litigare colla prima dicevasi *certare cum periculo*, colla seconda *sine periculo*. Ciò dapprima era fissato dal magistrato, ma in seguito fu lasciato in facoltà delle parti. La provocazione alla *sponsio* era fatta sempre dall'attore.

La formola che si dava in seguito della *sponsio*, non poteva essere più semplicemente quella in *factum concepta*; perchè trattandosi di cittadini romani, poteano sorgere vere questioni di diritto civile sì di obbligazioni come di proprietà; e per conseguenza la questione da proporre nella formola non doveva esser più un semplice fatto, al quale il Pretore adattava una decisione in virtù del suo potere, ma una vera questione di diritto civile. Per esempio: *Quid quia ob eam rem N. N. Ao. Ao. dare facere oportet*; ovvero *si paret N. N. Ao. Ao. sextertium decem milia dare oportere*, oppure *si paret hominem ex iure quiritium Auli Agerii esse*.

In fatti queste sono tante questioni di Diritto civile. Gaio dice chiaramente che in queste formole *de iure quaeritur*, onde il nome loro dato di formole in *ius conceptae*. Ma la questione di diritto non poteva esser posta così *simpliciter* senza alcuna indicazione del fatto del litigio; quindi la necessità di una parte preliminare destinata a tale uopo. E così la formola che pei peregrini avea sole due parti, pei cittadini n'ebbe tre: Quella che indica il fatto (*demonstratio*), quella che pone la questione di diritto (*intentio*) e quella che esprime la decisione del giudice (*condemnatio*). La formola in *factum concepta* avea solo la *demonstratio* e la *condemnatio*. Ecco ad esempio le due formole messe a confronto fra loro:

1. *Actio in factum concepta*

N. N. Iudex esto: Si paret A. A. apud N. N. mensam argenteam deposuisse, eamque dolo malo Numerii Negidii Ao. Ao. redditam non esse; quanti ea res erit, tantam pecuniam N. N. Ao. Ao. condemnato, si non paret absolvo.

2. *Actio in ius concepta*

N. N. Iudex esto. Quod A. A. apud N. N. mensam argenteam deposuit, qua de re agitur; quid quid ob eam rem N. N. Ao. Ao. dare facere oportet ex fide bona eius: iudex N. N. Ao. Ao. condemnato, nisi restituat, si non paret absolvo.

Oltre a queste tre parti cravi un'altra, colla quale commettevasi al giudice di aggiudicare a ciascuno de' litiganti, quello che gli si apparteneva dell'obbietto in comune. Questa è l'*adiudicatio*; che esprimeasi così: *quantum adiudicari oportet, iudex Titio adiudicato*; ed era ammissibile nelle sole azioni, che aveano per scopo la divisione giudiziaria di un obbietto; cioè nell'*actio communi dividundo*, *familiae eriscundae*, *finium regundorum*.

Così la formola dalla sua semplicità primitiva, allorchè era adoperata nelle relazioni de' pellegrini, passò ad avere le quattro parti, che abbiamo assegnate, nella

sua applicazione a' cittadini. Se non che la formola *in factum concepta* si adoperò anche in appresso in tutti i casi, ne' quali la pretensione dell'attore, non potendo esser fondata sul *ius civile*, ma soltanto sulla *tuitio praetoris*, la quistione di diritto, sarebbe stata rigettata dal giudice.

Coll'applicazione del sistema formulario a' cittadini, si estese anche a quest'uso de' Ricuperatori; come pure il principio che ogni condanna dovea essere pecuniaria. Quest'applicazione fu fatta prima in forza di consuetudine, e vigendo ancora il sistema delle *legis actiones*; ma dopo circa 70 o 80 anni della creazione del pretore peregrino venne la legge *Aebutia*, la quale in certa guisa sancì, e regolò legislativamente questo stato di cose. Le azioni della legge per *iudicis postulacionem* e per *condicionem* furono radicalmente abolite, e vi furono sostituite le formole. L'*actio sacramenti* col collegio centumvirale si mantenne per le questioni di stato, di proprietà quiritaria e di eredità; ma nella pratica i cittadini erano in libertà di ricorrere anche in questi casi all'uso delle formole, che col mezzo delle *sponsiones* erano state adattate anche a queste materie di diritto.

Le formole che i cittadini facevansi ad impetrare dal Pretore, erano per lo più indicate nell'*album*, che si esponeva nel foro.

I cittadini che reclamavano sceglievano le formole, che loro bisognavano, e vi facevano tutte le modificazioni che la natura della lite richiedeva; quindi il Pretore attribuiva la formola definitivamente compilata. Il che si diceva per rispetto al magistrato *indulgere, permettere, tribuere actionem*; per rispetto alle parti, *actionem impetrare, actionis impetratio*. Sebbene, data la formola, non più facessero bisogno i testimoni, perchè tutti i fatti erano certificati per iscritto, pure la chiusura del dibattimento *in iure* dicevasi ancora *litis contestatio*, per indicare che la lite era iniziata e dovea portarsi alla decisione del giudice.

Atti in iudicio — Chiuso il dibattimento *in iure*, le parti andavano dal giudice, il quale dovea appurare i fatti, che il Pretore indicava per la condanna od assoluzione (*si paret, si non paret*). Le parti assistite da' loro *oratores* e *patroni* esibivano ciascuna dal canto suo tutt'i vari mezzi di pruova ammessi dalla legge; e dopo la *probatio* e l'*altercatio* delle parti il giudice decideva la lite secondo il suo convincimento. La decisione del giudice dicevasi *sententia*. Questa è obbligatoria per le parti, sottomettendovisi le quali, la cosa è finita; altrimenti esse dovranno ritornare dinanzi al magistrato, che la farà eseguire per forza.

Quando vigeva il sistema delle *legis actiones*, come non vi avea nessuna istruzione scritta pel giudice, le parti venute innanzi a lui facevano un sunto della quistione trattata avanti il magistrato; il che dicevasi *collectio causae*. Dopo di che venivano le pruove e la sentenza del giudice.

3) *Extraordinaria iudicia* — Durante l'*ordo iudiciorum privatorum*, cioè al tempo che il processo divideasi ne' due momenti *in iure* e *in iudicio*; i magistrati in forza del loro *imperium* decidevano spesso da loro stessi le questioni senza rinviarle a' giudici: questi atti chiamavansi *extraordinariae cognitiones*, perchè i magistrati prendevano indagini del fatto da loro, e davano una decisione. Questi casi che nel detto sistema erano eccezioni, divennero frequentissimi al tempo degl' imperatori che al governo libero aveano sostituito un impero assoluto ed arbitrario; e finalmente per legge di Diocleziano (anno 294 dopo G. C.) l'*extraordinaria cognitio* fu sostituita all'antico *ordo iudiciorum privatorum*, che rimase quindi abolito. D'allora in poi i giudizi furono tutti straordinarii e detti *extraordinaria iudicia*.

In questa procedura novella la giustizia era amministrata da ufficiali imperiali, in diversi gradi e dipendenze fra loro, che sottostavano tutti all'imperatore come giudice supremo, al quale in molti casi erano proposte le questioni giudiziarie ora per appello ora per richiesta delle parti.

Il processo s'introduceva non più colla *in ius vocatio*, ma col libello (*libellum conventionis*), e la citazione. Le parti o i loro rappresentanti presentatisi il giorno stabilito dinanzi al giudice esponevano il fatto in questione più diffusamente e circostanziatamente. L'esposizione dell'attore dicevasi *narratio*, quella del convenuto *responsio*, *contradictio*. Tutto questo poi formava la *litis contestatio* nella procedura *extraordinaria*. Appresso venivano regolarmente le prove e in ultimo la sentenza del giudice, che chiudeva il giudizio.

II.

Prescrizione dell'azione.

(§. 87. pag. 229).

Fu questo istituto per lungo tempo affatto sconosciuto nel diritto romano, e solamente quando i pretori ebbero facoltà d'introdurre novelle azioni, queste ebbero una naturale condizione di esistenza in quanto che ebbero la durata di un anno (*intra annuo iudicium dabo*). Il carattere di coteste azioni pretorie fu per questo una eccezione rispetto alle altre azioni che non si prescrivevano mai.

Dopoche fu veduto, quantunque in via di eccezione, possibile che un'azione potesse avere una durata stabilita, ed indi finire, l'istituto della prescrizione fu esteso ad altre azioni civili. Esso prese una forma quasi generale nella *longi temporis prescriptio*, e specialmente fu applicato nelle azioni di proprietà e nei *iura in re aliena* dette azioni reali speciali, cosicchè esse dovevano prescriversi in 10 e secondo i casi in 20 anni, quando il possessore trovavasi nelle condizioni di usucapione ossia cou giusto titolo e buona fede. Sotto Costantino la prescrivibilità fu estesa, in guisa che in mancanza del titolo e della buona fede fu ammesso un tempo più lungo di 30 a 40 anni per render prescritta l'azione. Fino a questo tempo così rimase l'istituto della prescrizione, e le azioni personali continuarono ad avere il carattere di perpetue nello stretto significato della parola.

Teodosio II. (nell'an. 424) fu il primo ad estendere la prescrizione a tutte le azioni. Egli ordinò adunque che tutte quelle azioni, nelle quali non era applicata ancora la prescrizione, fossero prescrivibili dopo il corso non interrotto di 30 anni. Secondo il tenore di questa legge adunque non solo le azioni *in rem speciales*, ma ancora la *hereditatis petitio*, e ciò che più monta tutte le azioni *in personam* furono soggette a prescrizione, tranne l'*actio finium regundorum* e l'azione ipotecaria; una sola limitazione fu messa a questa legge di un valore generale, che il tempo della prescrizione doveva incominciare a correre almeno 10 anni dopo la pubblicazione di essa: legge transitoria che terminò di aver vigore al tempo di Giustiniano.

A questa legge segue quella di Anastasio, il quale estende a 40 anni la prescrizione di quelle azioni non soggette fino a quel tempo a prescriversi: si comprese in questa legge l'*actio finium regundorum*.

Giustiniano riunì queste leggi in una sola costituzione (§. 87 (85)), nella quale accettò il principio generale della prescrizione di 30 anni, eccettuando solamente la ipotecaria.

III.

Eccezioni.

(§. 89. pag. 239).

La parola *exceptio* è nei fonti confusa con *praescriptio*, così che senza errore si può scambiare l'una per l'altra (a). Per mezzo delle istituzioni di Gaio ci è stato possibile conoscere l'origine di queste espressioni. Nell'antico processo quando eran necessarie alcune limitazioni alla *intentio*, ed alla *condemnatio*, esse erano accettate nella formola e scritte innanzi alla *intentio*, e pel luogo che occupavano presero naturalmente il nome di *praescriptio*. Alcune di queste limitazioni eran messe in interesse dell'attore ed accettate nella formola a sua istanza; altre eran messe in interesse e ad istanza del reo convenuto, solo queste ultime erano vere eccezioni, ed eccezionalmente erano scritte prima, giacchè la maggior parte di esse venivano scritte dopo la *intentio* (b). Questo stato di cose cambiò più tardi in quantochè le limitazioni utili all'attore furono messe innanzi alla *intentio*; mentre quelle favorevoli al convenuto furono scritte dopo la formola; e quelle che pel loro antico posto portavano il nome di *praescriptiones*, mantennero questo nome, e così *praescriptio* fu sinonimo di *exceptio*.

Quando l'*ordo iudiciorum privatorum* fu abolito, mancando le formole non si potette più scorgere quale delle eccezioni fosse scritta prima o dopo, cosicchè devonsi tener fermo questo principio: adoperarsi sempre la parola *exceptio* per quelle limitazioni favorevoli al convenuto che originariamente erano scritte dopo la formola: così la *doli* e la *rei iudicatae exceptio*; mentre la *fori* o *temporis praescriptio* era originariamente scritta prima. Comunemente poi intendesi con l'espressione *praescriptio* l'istituto della prescrizione, e con la parola *exceptio* quel diritto del convenuto che si oppone all'azione dell'attore.

(a) T. D. (44. 1.) rubrica; — L. 12. de div. temp. praes. (44. 3.) — L. 8. 12. C. de except. (8. 36.) — L. 91. de solut. (46. 3.). — L. 29. pr. de exc. rei iud. (44. 2.). — L. 23. de except. (44. 1.).

(b) Gai. Inst. IV. §. 130-137.

FINE DELLA PARTE GENERALE.

MAC 2001846



